



**HAL**  
open science

# Die Europäische Ermittlungsanordnung und ihre Umsetzung in die deutsche und französische Rechtsordnung

Dagna Knytel

► **To cite this version:**

Dagna Knytel. Die Europäische Ermittlungsanordnung und ihre Umsetzung in die deutsche und französische Rechtsordnung. Law. Université de Strasbourg; Albert-Ludwigs-Universität (Freiburg im Breisgau, Allemagne), 2019. German. NNT : 2019STRAA009 . tel-02478831

**HAL Id: tel-02478831**

**<https://theses.hal.science/tel-02478831v1>**

Submitted on 14 Feb 2020

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# UNIVERSITÉ DE STRASBOURG EN COTUTELLE AVEC ALBERT- LUDWIGS-UNIVERSITÄT FREIBURG (ALLEMAGNE)

*ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES JURIDIQUES*

Droit, religion, entreprise et société (DRES)

## **THÈSE** présentée par : **Dagna KNYTEL**

soutenue le : **3 septembre 2019**

pour obtenir le grade de : **Docteur en droit pénal et sciences criminelles**

**La décision d'enquête européenne et sa mise en œuvre en  
droits français et allemand - Die Europäische  
Ermittlungsanordnung und ihre Umsetzung in die deutsche  
und französische Rechtsordnung**

**THÈSE sous la codirection de :**

**Madame LELIEUR Juliette** Professeur, Université de Strasbourg

**Monsieur PERRON Walter** Professeur, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

**RAPPORTEURS :**

**Monsieur BÖSE Martin** Professeur, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

**Monsieur WALTHER Julien** Maître de conférences HDR, Université de Lorraine

**AUTRES MEMBRES DU JURY :**

**Madame BOCK Stefanie** Professeur, Philipps-Universität Marburg

**Madame LEBLOIS-HAPPE Jocelyne** Professeur, Université de Strasbourg



*Für Emy und Arnaud*



## **Vorwort**

Die Arbeit lag im September 2019 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg sowie der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Université de Strasbourg (Faculté de Droit, de Sciences Politiques et de Gestion) in Form einer Cotutelle vor. Das Manuskript wurde Ende Oktober 2018 abgeschlossen; Rechtsprechung und Literatur konnten noch bis September 2019 berücksichtigt werden.

Mein aufrichtiger Dank gilt Frau Professor Juliette Lelieur und Herrn Professor Dr. Walter Perron, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, für die engagierte Betreuung, die hilfreichen Anmerkungen und die vielfältige Unterstützung der Arbeit auch in persönlichen Treffen in Freiburg und Straßburg.

Ebenfalls möchte ich Frau Stéphanie Kass-Danno, im Jahre 2018 Magistrat de liaison, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz in Berlin, sowie Herrn Laurent Guy, Procureur de la République adjoint, Tribunal de grande instance de Strasbourg, für ihre Zeit, Anregungen und Hinweise danken.

Mein Dank gilt ebenso Frau Krivitzky, Direktorin der Bibliothèque d'Études Doctorales Juridiques de la Sorbonne in Paris, sowie allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern für die Unterstützung bei meiner wissenschaftlichen Recherchetätigkeit in Frankreich. Besonders danken möchte ich dabei auch Auriane Taveau ohne deren Hilfe die französische Zusammenfassung der Arbeit in dieser Form nicht vorliegen würde.

Ich möchte ebenso dem Deutschen Akademischen Austauschdienst (DAAD) für die Verleihung eines 1-jährigen Stipendiums zur Aus- und Fortbildung im Ausland danken.

Meinen Eltern, Mirosława Cimoszko Knytel und Jacek Knytel, sowie meiner Schwester Susanna Knytel danke ich für ihre immerwährende Hingabe und Unterstützung. Arnaud Drouet d'aubigny danke ich für seine Ermutigungen und all die zahlreichen Abwechslungen und Gespräche, mit denen er mich zum Lachen bringen konnte. *Merci, mon amour.* Meiner kleinen Emy Knytel Drouet d'aubigny danke ich von ganzem Herzen für jede einzelne durchschlafene Nacht. Ich widme diese Arbeit Euch, Emy und Arnaud, da Ihr mir am Ende die nötige Kraft gegeben habt, um das Projekt zum Abschluss zu bringen.

Ebenso möchte ich mich bei meinen Freunden für ihre Ermunterungen bedanken, allen voran Jasmin Pfennig. *Danke, dass Du immer für mich da warst.* Ebenso haben mich Anne Huhn, Anne Marie Norrenbrock, Annika Semper, Katharina Weitz und Simone Wöscher stets auf dem langen Weg dieser Arbeit begleitet.

Auch danke ich allein Mitarbeitern von EPDH - Ensemble Pour Le Développement Humain und allen voraus Frau Naghmana Kayani dafür, dass sie an mich geglaubt haben. *Merci!*

## **Inhaltsverzeichnis**

Inhaltsverzeichnis .....	7
<b>Einleitung</b> .....	<b>27</b>
I. Die Rechtshilfe in Strafsachen auf Unionsebene .....	27
II. Gegenstand der Untersuchung – Einführung in die Problematik .....	31
III. Gang der Darstellung .....	36
<b>A. Die Reform der sonstigen Rechtshilfe in Strafsachen</b> .....	<b>38</b>
<b>I. Die Rechtshilfe in Strafsachen von 1959 bis 2014</b> .....	<b>39</b>
1. Das Europäische Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 .....	39
2. Das Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 29. Mai 2000 .....	41
a) Historischer Kontext .....	41
b) Das Übereinkommen .....	42
3. Der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl .....	43
a) Die Reform des europäischen Auslieferungsverfahrens .....	44
b) Aussichten für die Rechtshilfe in Strafsachen .....	47
aa) Grundsatz gegenseitiger Anerkennung .....	47
bb) Formblätter/Tatverdacht .....	50
cc) Kommunikation zwischen Anordnungs- und Vollstreckungsbehörde .....	51
dd) Fortfall der beiderseitigen Strafbarkeit .....	52
ee) Verhältnismäßigkeit .....	52
ff) Rechtsschutz .....	53



4. Der Rahmenbeschluss über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln in der Europäischen Union.....	54
5. Der Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisanordnung .....	55
6. Status quo der Rechtshilfe in Strafsachen vor Inkrafttreten der Richtlinie.....	55
7. Unionsrechtliche Reformideen und -initiativen.....	56
a) Das Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften .....	57
b) Das Stockholmer Programm des Europäischen Rates .....	58
<b>II. Die Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung.....</b>	<b>58</b>
1. Konzept und Systematik der Richtlinie .....	59
2. Ermächtigungsgrundlage .....	61
3. Traditionelle Rechtshilfe, Grundsatz gegenseitiger Anerkennung, Harmonisierung ...	62
a) Traditionelle Rechtshilfe .....	63
b) Grundsatz gegenseitiger Anerkennung .....	63
c) Harmonisierung .....	68
d) Kritik in Bezug auf die Richtlinie .....	68
4. Das deutsche und französische Umsetzungsgesetz.....	75
a) Deutschland.....	75
b) Frankreich .....	76
5. Inhaltliche Neuerungen der Richtlinie .....	78
a) Formelle Veränderungen bei Erlass einer EEA .....	78
aa) Anordnungsbehörde.....	78
bb) Formular .....	81
cc) Sprache .....	82

b) Materielle Veränderungen bei Erlass einer EEA .....	83
aa) Art. 1 Abs. 4 RL .....	83
bb) Art. 6 RL .....	84
aaa) Verhältnismäßigkeit .....	84
bbb) „forum shopping“ .....	85
c) Übermittlung einer EEA .....	86
d) Eingang einer EEA im Vollstreckungsstaat.....	87
aa) Vollstreckungsbehörde .....	87
bb) Materielle Prüfungskompetenz der Vollstreckungsbehörde .....	87
cc) Nationale Richtervorbehalte .....	89
e) Vollstreckung einer EEA .....	91
aa) Art. 9 RL.....	91
bb) Art. 10 RL .....	92
cc) Art. 11 RL.....	93
dd) Artt. 12, 13 RL .....	97
ee) Art. 15 RL.....	97
f) Rechtsbehelfe gegen eine EEA.....	98
<b>III. Zusammenfassung.....</b>	<b>101</b>
<b>B. Die Umsetzung der Richtlinie in die deutsche und französische Rechtsordnung.....</b>	<b>106</b>
<b>I. Das Ermittlungsverfahren in Deutschland und Frankreich.....</b>	<b>107</b>
1. Untersuchungsgegenstand „Ermittlungsverfahren“ .....	107
a) Deutschland.....	108
b) Frankreich .....	112
aa) Allgemeiner Verfahrensablauf.....	112

bb) Traditionelle Grundkonzeption .....	115
aaa) „phase d’enquête“ .....	115
(1) „enquête de flagrance“ .....	115
(2) „enquête préliminaire“ .....	116
bbb) „information“ .....	117
c) Festlegung des Untersuchungsgegenstands .....	118
2. Die Einleitung des Ermittlungsverfahrens in Deutschland und Frankreich.....	124
a) Tabellarischer Überblick über mögliche Ermittlungsmaßnahmen .....	124
b) Deutschland.....	129
aa) Strafanzeige .....	130
bb) Sonstiges Kriterium „Kenntnis auf andere Weise“ .....	130
c) Frankreich .....	131
aa) „enquête de flagrance“ .....	131
bb) „enquête préliminaire“ .....	134
cc) „information“ .....	135
d) Zwischenergebnis .....	136
<b>II. Die Ermittlungsmaßnahmen im Vergleich .....</b>	<b>138</b>
1. Die verdächtige Person in Deutschland und Frankreich.....	138
a) Deutschland.....	140
aa) Definition .....	140
bb) Rechte des Beschuldigten.....	142
aaa) Vernehmung des Beschuldigten.....	142
bbb) Verteidiger .....	144
ccc) Rechtsbehelfe .....	145

cc) Verlust der Beschuldigtenrechte - Abtrennung des Verfahrens .....	146
b) Frankreich .....	148
aa) „information“ .....	150
aaa) Person „mise en examen“ und „témoin assisté“ .....	150
bbb) Rechte der Person „mise en examen“ .....	155
ccc) „mise en examen“ und „garde à vue“ .....	159
ddd) „mise en examen“ und Verfahrenstrennung .....	160
eee) Rechte des „témoin assisté“ .....	160
fff) „témoin assisté“ und „garde à vue“ .....	162
ggg) „témoin assisté“ und Verfahrenstrennung .....	162
hhh) Zusammenfassung .....	162
bb) „phase d'enquête“ .....	163
aaa) Begriff des „suspect“ .....	163
bbb) „garde à vue“ .....	167
ccc) „audition libre“ .....	167
ddd) Rechte des „suspect“ während einer „enquête préliminaire“ .....	169
eee) Verfahrenstrennung .....	169
cc) Unterschiede während einer „information“ und einer „enquête“ - Kritik an dem Gesetz vom 27. Mai 2014.....	170
dd) „criminalité organisée“ .....	172
c) Praktische Umsetzungsschwierigkeiten im deutsch-französischen Rechtshilfeverkehr .....	173
aa) Vernehmungsformen .....	173
bb) Vollstreckung einer deutschen EEA in Frankreich.....	177

aaa) Anordnungsbehörde .....	177
bbb) Vollstreckungsbehörde .....	178
ccc) Einführung und Verwertbarkeit eines im Ausland erhobenen Beweismittels .....	182
(1) Einführung in die Hauptverhandlung .....	182
(2) Verwertbarkeit .....	188
ddd) Bewilligung und Vollstreckung der EEA durch einen „juge d’instruction“	193
eee) Sonderfall „garde à vue“ .....	198
fff) Bewilligung und Vollstreckung der EEA durch einen Staatsanwalt.....	200
ggg) Vollstreckung der EEA gemäß französischer Sondervorschriften .....	201
hhh) Beschuldigtenvernehmung ordnungsgemäß nach französischem Recht.....	201
(1) Vernehmung einer Person „mise en examen“ .....	202
(2) Vernehmung eines „témoin assisté“ .....	203
(3) Vernehmung eines „suspect“ .....	203
(4) Vernehmung gemäß den Sondervorschriften .....	208
iii) Audiovisuelle Vernehmung.....	209
jjj) Zeugenaussage eines Mitbeschuldigten .....	209
cc) Vollstreckung einer französischen EEA in Deutschland.....	209
aaa) Anordnungsbehörde .....	209
bbb) Vollstreckungsbehörde und Prüfungsumfang.....	209
ccc) Einführung und Verwertbarkeit eines im Ausland erhobenen Beweismittels .....	213
ddd) Vollstreckung einer Beschuldigtenvernehmung.....	217
(1) „première comparution“ .....	217

(2) Vernehmung einer Person „mise en examen“ .....	220
(3) Vernehmung eines „témoin assisté“ .....	221
(4) Vernehmung eines „suspect“ .....	222
(5) Vernehmung gemäß den Vorschriften der „criminalité organisée“ .....	222
eee) Audiovisuelle Vernehmung.....	222
dd) Umsetzung des Art. 1 Abs. 3 RL .....	223
ee) Zusammenfassung .....	223
ff) Tabellarische Übersicht .....	226
2. Der Zeuge in Deutschland und Frankreich .....	229
a) Deutschland.....	229
aa) Begriff des Zeugen und der Zeugenvernehmung .....	229
bb) Zeugenpflichten.....	230
cc) Zeugenrechte.....	232
aaa) Ausnahmen von der Aussagepflicht.....	232
(1) Zeugnisverweigerungsrechte .....	233
(2) Auskunftsverweigerungsrecht .....	236
ccc) Recht auf anwaltlichen Beistand .....	237
dd) Rechte des Beschuldigten während einer Zeugenvernehmung.....	237
b) Frankreich .....	238
aa) „information“ .....	238
aaa) Begriff des Zeugen und der Zeugenvernehmung.....	238
bbb) Pflichten des Zeugen .....	239
ccc) Vereinbarkeit der französischen Vorschriften mit den Vorgaben der EMRK .....	243

(1) Vereinbarkeit des französischen Rechts mit Art. 6 EMRK - Eidespflicht der verdächtigen Person .....	243
(2) Vereinbarkeit des französischen Rechts mit Art. 6 EMRK - Eidespflicht des tatbeteiligten Zeugen .....	245
(3) Vereinbarkeit des französischen Rechts mit Art. 6 EMRK - Eidespflicht des mitbeschuldigten Zeugen .....	247
(4) Vereinbarkeit des französischen Rechts mit Art. 8 EMRK - Aussage- und Eidespflicht von Angehörigen.....	248
bb) „phase d'enquête“ .....	252
aaa) Begriff des Zeugen .....	252
bbb) Pflichten des Zeugen .....	253
cc) „criminalité organisée“ .....	254
c) Praktische Umsetzungsschwierigkeiten im deutsch-französischen Rechtshilfeverkehr .....	254
aa) Vernehmungsformen .....	254
bb) Vollstreckung einer deutschen EEA in Frankreich .....	255
aaa) Anordnung einer EEA .....	255
bbb) Vollstreckungsbehörde und Bewilligungsprüfung .....	256
ccc) Einführung der Zeugenaussage in die Hauptverhandlung .....	258
ddd) Vollstreckung am Maßstab der Vorschriften einer „information“ .....	265
(1) Strafbarkeit des nicht erschienen, nicht (eidlich) aussagenden und falsch aussagenden Zeugen.....	265
(2) Belehrung über persönliche Zeugnisverweigerungsrechte.....	266
(3) Belehrung über das Auskunftsverweigerungsrecht .....	269
(4) Eidliche Vernehmung .....	271

(5) Rechte des Beschuldigten.....	274
(6) Beschränkung von wesentlichen Grundsätzen der französischen Strafprozessordnung.....	277
eee) Vollstreckung am Maßstab der Vorschriften einer „enquête“ .....	277
(1) Zwangsmaßnahmen gegen einen Zeugen.....	277
(2) Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrechte .....	278
(3) Rechte des Beschuldigten.....	278
(4) Beschränkung von wesentlichen Grundsätzen der französischen Strafprozessordnung.....	279
fff) Vollstreckung am Maßstab der Vorschriften der „criminalité organisée“ ....	279
ggg) Zeugenvernehmung ordnungsgemäß nach französischem Recht.....	279
(1) Zeugenvernehmung in Rahmen einer „information“ .....	279
(2) Zeugenvernehmung im Rahmen einer „enquête“ .....	280
cc) Vollstreckung einer französischen EEA in Deutschland.....	281
aaa) Anordnungsbehörde .....	281
bbb) Zulässigkeit der Vollstreckung .....	282
(1) § 91b IRG .....	282
(2) Verhältnismäßigkeitsprüfung .....	284
ccc) Vollstreckung einer französischen EEA im Rahmen einer „information“...	284
ddd) Vollstreckung einer französischen EEA im Rahmen einer „enquête“ .....	288
eee) Das Opfer als Zeuge .....	289
fff) Audiovisuelle Vernehmung.....	289
dd) Strafbarkeit bei Falschaussage .....	291



aaa) Strafbarkeit eines in Frankreich vernommenen Zeugen auf Grundlage einer deutschen EEA .....	292
bbb) Strafbarkeit eines in Deutschland vernommenen Zeugen auf Grundlage einer französischen EEA .....	292
ee) Zusammenfassung .....	294
aaa) Umsetzung der RL in die deutsche Rechtsordnung .....	294
bbb) Umsetzungsschwierigkeiten .....	294
ff) Tabellarische Übersicht .....	295
3. Die Durchsuchung und Beschlagnahme in Deutschland und Frankreich.....	297
a) Deutschland.....	297
aa) Durchsuchung .....	297
aaa) Formelle Voraussetzungen der Durchsuchungsanordnung .....	299
bbb) Materielle Voraussetzungen der Durchsuchungsanordnung .....	300
ccc) Parenthese – Art. 8 EMRK.....	301
ddd) Durchsuchung bei dem Beschuldigten und bei einem Dritten .....	303
eee) Vollstreckung .....	304
fff) Schutz von Berufsgeheimnisträgern .....	306
bb) Beschlagnahme.....	307
aaa) Voraussetzungen .....	307
bbb) Beschlagnahmeverbote .....	309
ccc) Zufallsfunde.....	312
b) Frankreich .....	313
aa) Durchsuchung im Rahmen einer „information“ .....	313
aaa) Ermächtigungsgrundlage.....	314

bbb) Anordnung .....	316
ccc) Vollstreckung .....	317
ddd) Wohnungsdurchsuchungen.....	319
eee) Schutz von Berufsgeheimnisträgern.....	321
bb) Beschlagnahme im Rahmen einer „information“.....	326
aaa) Anordnung und Vollstreckung .....	326
bbb) Beschlagnahme bei einem Berufsgeheimnisträger.....	327
ccc) Zufallsfunde.....	329
cc) Rechtsschutzmöglichkeiten im Rahmen einer „information“.....	329
dd) Durchsuchung im Rahmen einer „enquête“ .....	330
ee) Beschlagnahme im Rahmen einer „enquête“ .....	332
ff) Rechtsschutzmöglichkeiten im Rahmen einer „enquête“ .....	332
gg) „criminalité organisée“ und andere Sondervorschriften .....	335
aaa) Uhrzeiten .....	335
bbb) Ausnahmen von Anwesenheitsregeln.....	336
c) Praktische Umsetzungsschwierigkeiten im deutsch-französischen Rechtshilfeverkehr .....	336
aa) Vollstreckung einer deutschen EEA in Frankreich .....	336
aaa) Anordnung.....	337
bbb) Vollstreckungsbehörde .....	338
ccc) Bewilligung der Maßnahme - Anfangsverdacht .....	338
ddd) Vollstreckung der Durchsuchung - Anwesenheitsrechte.....	341
eee) Vollstreckung der Durchsuchung – Uhrzeit.....	342
fff) Vollstreckung der Durchsuchung - Berufsgeheimnisträger .....	343

ggg) Beschlagnahme - Beschlagnahmeverbote .....	344
hhh) Rechtsschutz .....	346
iii) Zusammenfassung .....	347
bb) Vollstreckung einer französischen EEA in Deutschland .....	347
aaa) Anordnungs- und Vollstreckungsbehörde.....	347
bbb) Prüfungsumfang der Vollstreckungsbehörde .....	351
ccc) Vollstreckung .....	352
(1) Maßnahme im Rahmen einer „information“ .....	353
(2) Maßnahme im Rahmen einer „enquête“ .....	356
cc) Zusammenfassung .....	357
dd) Tabellarische Übersicht.....	359
<b>Schlussbetrachtung .....</b>	<b>363</b>
<b>I. Ergebnisse der Untersuchung .....</b>	<b>363</b>
1. Struktur und Konzeption der Verfahrensordnungen.....	365
a) Die Bedeutung und die Rolle des Ermittlungsverfahrens für das Strafverfahren... 365	
b) Die Kompetenzverteilung im Rahmen einer Rechtshilfeleistung.....	366
c) Die Stellung der Verfahrensbeteiligten und die Natur des Ermittlungsverfahrens. 369	
aa) Formal.....	369
bb) Inhaltlich.....	370
cc) Anspruch auf rechtliches Gehör im Ermittlungsverfahren .....	372
d) Befugnisse der Ermittlungsbehörden im Rahmen der Anordnung einer EEA .....	374
2. Die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens.....	377
a) Absolute Schranken der Beweiserhebung.....	377
b) Relative Schranken der Beweiserhebung.....	379

aa) Das Recht auf Verteidigung.....	381
bb) Das Recht auf einen Übersetzer .....	386
cc) Der „nemo tenetur“-Grundsatz .....	386
dd) Der Schutz der Privatsphäre .....	389
ee) Der Schutz von Berufsgeheimnisträgern .....	389
ff) Schutz der Familie und Rechtsgüterschutz unbeteiligter Dritter als Ausdruck eines rechtsstaatlichen Verfahrens.....	390
c) Effektiver Rechtsschutz.....	391
3. Die Verwertbarkeit ausländischer Beweismittel.....	394
4. Materielles Strafrecht – Das Rechtsgut „ausländische Strafverfolgungsinteressen“ ..	395
5. Haltung der nationalen Gesetzgeber zu der Reform der sonstigen Rechtshilfe in Strafsachen .....	396
<b>II. Ausblick</b> .....	400
<b>Résumé</b> .....	411
La décision d’enquête européenne et sa mise en œuvre en droits français et allemand.....	411
<b>Introduction</b> .....	411
<b>I. La réforme opérée par la directive 2014/41/UE</b> .....	415
A) Les nouvelles approches adoptées par la directive.....	415
B) La transposition de la directive en droits français et allemand.....	419
1. Une transposition volontaire en droit français .....	419
2. Une transposition minimale en droit allemand .....	423
<b>II. La mise en œuvre concrète de la directive</b> .....	426
A) Les effets des différences entre les droits procéduraux français et allemand .....	426
1. L’entrave à l’efficacité de l’entraide lors de l’émission d’une DEE.....	427

a) Les limites absolues aux compétences des enquêteurs .....	428
b) Les exigences relatives au contenu ou à la proportionnalité d'une DEE.....	429
2. Les dangers pour les droits des justiciables lors de l'exécution d'une DEE.....	430
a) Le droit à l'assistance d'un avocat .....	431
i) Le droit à l'assistance d'un avocat pendant l'audition du suspect.....	431
ii) Le droit à la présence d'un avocat pendant l'audition d'un témoin.....	435
b) Le droit de se taire et de ne pas s'auto-incriminer .....	436
c) La protection du domicile et le respect de l'intimité de la vie privée .....	440
d) La protection du secret professionnel .....	440
e) Le droit au respect de la vie familiale .....	442
B) Les solutions pour une entraide efficace et respectueuse des droits.....	444
1. Le renforcement du principe <i>forum regit actum</i> .....	445
2. L'harmonisation des droits procéduraux nationaux .....	445
3. La création d'une « <i>clearing procedure</i> ».....	446
4. Une procédure pénale européenne .....	447
<b>Conclusion</b> .....	449
<b>Schriftenverzeichnis</b> .....	453
<b>Entscheidungsverzeichnis</b> .....	505
<b>Index</b> .....	509
<b>Annex</b> .....	515

## Abkürzungsverzeichnis

aaO	am angegebenen Ort
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aF	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AJDA	L'Actualité juridique du droit administratif (herausgegeben von Dalloz, zitiert nach Jahrgang, S.)
AJ Pénal	L'Actualité juridique. Pénal (herausgegeben von Dalloz, zitiert nach Jahrgang, S.)
Amtsbl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Anmkg.	Anmerkung
APJ	agents de police judiciaire
Artt.	Artikel (Pl.)
Az.	Aktenzeichen
BAnz.	Bundesanzeiger
BayOLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
bspw.	beispielsweise
BTDrs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
Bull. crim.	Bulletin criminel

bzgl.	bezüglich
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CC	Code civil
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal
CPP	Code de procédure pénale
Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
D.	Recueil Dalloz (herausgegeben von Dalloz, zitiert nach Jahrgang, S.)
DC	décision du Conseil constitutionnel
DDR	Deutsche Demokratische Republik
DEE	décision d'enquête européenne
ders./dies.	derselbe, dieselbe
Dr. Pén.	Droit pénal (herausgegeben von LexisNexis, zitiert nach Verlag, Jahrgang, S.)
EEA	Europäische Ermittlungsanordnung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
E.U.	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof

EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift (herausgegeben von N.P. Engel Verlag, zitiert nach Jahrgang, S.)
EuHb	Europäischer Haftbefehl
EUV	Vertrag über die Europäische Union
ff.	die folgenden
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
GRdE-RHSt	Gemeinsamer Runderlass des Justizministeriums, des Ministeriums für Inneres und Kommunales und des Finanzministeriums über die Ausübung der Befugnisse im Rechtshilfeverkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten, Berichtspflichten und die Zusammenarbeit im Europäischen Justiziellen Netz sowie mit transnationalen Verbindungsstellen
GSSt	Großer Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs
HRRS	Online-Zeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (zitiert nach Jahrgang, S.)
IRG	Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen
iSd	im Sinne des
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
JLD	juge des libertés et de la détention
JMBL	Justizministerialblatt
JORF	Journal officiel de la République française



JURA	Juristische Ausbildung (herausgegeben von De Gruyter Verlag, zitiert nach Jahrgang, S.)
KK	Karlsruher Kommentar
KriPoz	Kriminalpolitische Zeitschrift, Online-Zeitschrift (zitiert nach Jahrgang, S.)
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
MAE	mandat d'arrêt européen
MK	Münchener Kommentar
mwN	mit weiteren Nachweisen
nF	neue Fassung
NRW	Nordrhein-Westfalen
obs.	observation
OLG	Oberlandesgericht
p. ex.	par exemple
PUF	Presses universitaires de France
QPC	question prioritaire de constitutionnalité
RDPC	Revue de droit pénal et de criminologie (herausgegeben von Die Keure/La Charte, zitiert nach Jahrgang, S.)
RDSS	Revue de droit sanitaire et social (herausgegeben von Dalloz, zitiert nach Jargang, S.)
RIDP	Revue internationale de droit pénal (herausgegeben von érès, zitiert nach Jahrgang, S.)
RL	Richtlinie 2014/41/EU

Rn	Randnummer
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal (herausgegeben von Editions Cujas, zitiert nach Verlag, Jahrgang, S.)
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (herausgegeben von Dalloz, zitiert nach Jahrgang, S.)
RTD Eur.	Revue trimestrielle de droit européen (herausgegeben von Dalloz, zitiert nach Jahrgang, S.)
s.	siehe
s.a.	siehe auch
SK	Systematischer Kommentar
S/L/G/H	Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner (Kommentar zur Internationalen Rechtshilfe in Strafsachen)
s.o.	siehe oben
sog.	so genannte
S/S	Schönke/Schröder
TKÜ	Telekommunikationsüberwachung
TUE	Traité sur l'Union européenne
u.	und
u.a.	und andere, unter anderem
U.E.	Union européenne
usw.	und so weiter
v.	von
vgl.	vergleiche

z.B.	zum Beispiel
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien (herausgegeben von Nomos, zitiert nach Jahrgang, S.)
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, Online-Zeitschrift (zitiert nach Jahrgang, S.)
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium, Online-Zeitschrift (zitiert nach Jahrgang, S.)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (zitiert nach Jahrgang, S.)

## Einleitung

### I. Die Rechtshilfe in Strafsachen auf Unionsebene

Die Geschichte der Europäischen Union und des Zusammenwirkens ihrer Mitgliedstaaten ist sowohl von Höhe- als auch Tiefpunkten gekennzeichnet. Zum heutigen Zeitpunkt sind die Meinungen bezüglich der Notwendigkeit einer Kooperation auf Unionsebene gespalten, so dass von einer „*existenziellen Krise*“<sup>1</sup> des europäischen Verbundes die Rede ist. Auf der einen Seite wird die Legitimität der Europäischen Union in den letzten Jahren aufgrund von Wirtschafts- und Finanzkrisen zunehmend in Frage gestellt, wie der Austritt Großbritanniens aus der Union<sup>2</sup> oder die Wahlergebnisse europakritischer Parteien und deren Bedeutungszunahme in den nationalen Parlamenten<sup>3</sup> zeigen. Auf der anderen Seite verstärkt ein erhöhtes Sicherheitsbedürfnis der Bürger die Kooperation auf europäischer Ebene. Insbesondere hat die Zunahme von terroristischen Angriffen dieses allgemeine Sicherheitsbedürfnis gefördert und als Akzelerator für die Verabschiedung europäischer Maßnahmen zur Stärkung der Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten gedient<sup>4</sup>, wie der Erlass des Rahmenbeschlusses zur Einführung eines Europäischen Haftbefehls im Jahre 2002<sup>5</sup>, sowie zuletzt der Verordnung zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft im Jahre 2017<sup>6</sup> unter Beweis stellen. Auf einen erhöhten Austausch in Gestalt der Kriminalitätsbekämpfung weisen auch die Zahlen von Eurojust, der Einheit für justizielle Zusammenarbeit der Europäischen Union, hin. So kann man dem

---

<sup>1</sup><http://www.zeit.de/politik/2017-01/europaeische-union-krise-populismus-brexit-zukunft-reform> (Stand 26.07.2018).

<sup>2</sup> Ohr, Europäische Integration am Wendepunkt?, S. 99.

<sup>3</sup> Lippert/Lang, in Krisenlandschaften, Konfliktkonstellationen und Problemkomplexe internationaler Politik, S. 15, 16.

<sup>4</sup> Labayle, *JurisClasseur Europe Traité, Coopération judiciaire en matière pénale et coopération policière*, LexisNexis, Paris, 2017, Fasc. 2680 – 2730, Rn 33; Delmas-Marty, *L'intégration européenne entre pluralisme, souverainisme, universalisme*, RSC, 2016, S. 450, 451.

<sup>5</sup> Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, Amtsbl. Nr. L 190 v. 18.07.2002, S. 1 – 20.

<sup>6</sup> Verordnung 2017/1939/EU des Rates vom 12. Oktober 2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUStA), Amtsbl. Nr. L 283 v. 31.10.2017, S. 1 – 71.

Jahresbericht 2016 mit den Daten zum 1. Januar 2017<sup>7</sup> entnehmen, dass seit dem Jahre 2014 vor allem in Kriminalitätsbereichen mit grenzüberschreitendem Bezug (Terrorismus, aber auch Kriminalitätsformen im Zusammenhang mit der Flüchtlingskrise, wie z.B. Schleuseraktivitäten) die Zahlen der Sachverhalte, an denen Eurojust beteiligt werden sollte, fast auf das fünffache gestiegen sind<sup>8</sup>. Auch ist aufgrund einiger medienwirksamer Auslieferungsverfahren, wie beispielsweise die Auslieferung von Salah Abdesalam im Zusammenhang mit den Terroranschlägen von Paris und Brüssel, der Europäische Haftbefehl als „*success story*“<sup>9</sup> der Union in aller Munde. Im Zuge dieser widerstreitenden Tendenzen spricht *Delmas-Marty* zu Recht von einem kontradiktorischen Zeitalter in Bezug auf die Frage der Notwendigkeit einer europäischen Kooperation<sup>10</sup>.

Diesem kontradiktorischen Zeitalter entspringt im Jahre 2014 eine Richtlinie zur Einführung der so genannten Europäischen Ermittlungsanordnung<sup>11</sup>, die den Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit darstellt. Die Richtlinie (iF RL) erging, um die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten zu verbessern und ihre Effizienz zu steigern<sup>12</sup>.

Unter einer Rechtshilfe in Strafsachen versteht man allgemein jede Handlung, die ein Staat zur Unterstützung eines Strafverfahrens in einem anderen Staat unternimmt<sup>13</sup>. Die Rechtshilfe auf Unionsebene stellt eine Maßnahme dar, um Kriminalität, die einen Auslandsbezug innerhalb der europäischen Grenzen aufweist, zu bekämpfen. Darunter fallen ebenso Sachverhalte der grenzübergreifenden Kriminalität (beispielsweise Bandenkriminalität, deren Ziel in der Begehung von Straftaten in mehreren Mitgliedsländern liegt und deren organisationelle

---

<sup>7</sup>[http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/eurojust%20Annual%20Reports/Annual%20Report%202016/AR2016\\_DE.pdf](http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/eurojust%20Annual%20Reports/Annual%20Report%202016/AR2016_DE.pdf) (Stand 26.07.2018).

<sup>8</sup>[http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/eurojust%20Annual%20Reports/Annual%20Report%202016/AR2016\\_DE.pdf](http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/eurojust%20Annual%20Reports/Annual%20Report%202016/AR2016_DE.pdf), S. 28 ff. (Stand 26.07.2018).

<sup>9</sup>Weyembergh, <https://www.la-croix.com/Debats/Forum-et-debats/Catalogne-lespace-penal-europeen-peut-sortir-renforce-cette-crise-2017-11-03-1200889333> (Stand 26.07.2018).

<sup>10</sup> Delmas-Marty, L'intégration européenne entre pluralisme, souverainisme, universalisme, RSC, 2016, S. 450.

<sup>11</sup> Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, Amtsbl. Nr. L 130 v. 01.05.2014, S. 1 – 36.

<sup>12</sup> Erwägungsgründe Nr. 5-7 der Präambel der RL.

<sup>13</sup> Vogel/Burchard, in Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, Vor § 1 IRG, Rn 2; Esser, Europäisches und internationales Strafrecht, S. 429; Hackner/Schierholt, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, S. 1; Ahlbrecht, in Ahlbrecht/Böhm/Esser/Eckelmanns, Internationales Strafrecht, S. 483; Sinn/Zöllner, in Strafrecht ohne Grenzen, S. 123, 124.

Strukturen auf diese verteilt sind), als auch nationale Strafverfahren, die einen nur punktuellen Bezug zu dem EU-Ausland aufweisen (als Beispiel sei der Fall genannt, dass ein Beschuldigter in einem französischen Verfahren über eine Wohnung in Deutschland verfügt; zur Durchführung einer umfassenden Ermittlung ist für die französischen Behörden die Durchsuchung dieser Wohnung angezeigt)<sup>14</sup>. Dabei sind eine umfassende Strafverfolgung und Beweiserhebung in grenzüberschreitenden Konstellationen nur mithilfe ausländischer Strafverfolgungsbehörden möglich. Die Kompetenzen nationaler Ermittler enden an den Landesgrenzen des jeweiligen Mitgliedstaates<sup>15</sup>. Diese Beschränkungen sind auf die unionsrechtlich verankerten Souveränitäts- und Territorialitätsvorbehalte (s. Art. 4 des Vertrages über die Europäische Union, iF EUV) zurückzuführen, die insbesondere in strafrechtlichen Angelegenheiten von den Mitgliedstaaten verteidigt werden<sup>16</sup>. Die Ausübung von Hoheitsgewalt (im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren beispielsweise durch die Vornahme grundrechtseinschränkender Maßnahmen wie der Durchsuchung, Beschlagnahme, etc.), wird von den Mitgliedstaaten als typisch nationale Hoheitsbefugnis empfunden<sup>17</sup>. Die Rechtshilfehandlungen dienen folglich dazu, Straftaten mit einem Auslandsbezug effektiv bekämpfen zu können. Eine solche wirksame Kriminalitätsbekämpfung entspricht dabei auch dem primärrechtlich, in Artikel 67 Abs. 1 HS 1 EUV, gesetzten Ziel der Union innerhalb ihrer Grenzen einen „Raum der Sicherheit, der Freiheit und des Rechts“ zu etablieren.

Die Rechtshilfebedürfnisse der Mitgliedstaaten führen zu einem Aufeinandertreffen von (mindestens) zwei nationalen Strafverfahrensordnungen. Diese Konfrontation innerstaatlicher

---

<sup>14</sup> Vogel/Eisele, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 82 AEUV, Rn 11, 14.

<sup>15</sup> Delmas-Marty, *Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Economica, Paris, 1997, S. 15.

<sup>16</sup> Cartier, *Le mandat d'arrêt européen*, Bruylant, Brüssel, 2005, S. 25; Flore, *Droit pénal européen: Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Larcier, Bruxelles, 2014, Rn 104; Öberg, *Limits to EU Powers*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017, S. 1; Roxin/Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, S. 20; Satzger, *Die Europäisierung des Strafrechts*, S. 5; Perron, in *Organisierte Kriminalität als transnationales Phänomen*, S. 34; Sieber, *The forces behind the harmonization of criminal law*, in Delmas-Marty/Pieth/Sieber, *Harmonising criminal law*, Société de législation comparée, Paris, 2008, S. 386; Weyembergh, in *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2001, S. 25.

<sup>17</sup> Beauvallet, *JurisClasseur Procédure pénale, Entraide pénale internationale*, LexisNexis, Paris, 2018, Artt. 689-693, fasc. 20, Rn 1.

Rechtsordnungen kann konfliktbehaftet sein<sup>18</sup>, wie beispielsweise die Diskussion um das Auslieferungsverfahren von Carles Puigdemont, Kataloniens früherem Regionalpräsidenten, gezeigt hat<sup>19</sup>. Grund hierfür ist, dass die Straf- und Strafverfahrensordnungen eines jeden Mitgliedstaates von dessen historischer und kultureller Entwicklung geprägt sind und in sich geschlossene Gesamtkonzepte darstellen<sup>20</sup> (als anschauliches Beispiel sei nur das als Parteienprozess organisierte, adversatorische Strafverfahren in England und das sog. inquisitorische Modell, das in seinen Grundzügen fast allen kontinentaleuropäischen Verfahren zugrundeliegt, genannt<sup>21</sup>), so dass eine Koordination solch verschiedener Rechtsordnungen während einer Rechtshilfe Probleme bereiten kann. Diesen Konflikt gilt es auf Unionsebene zu lösen, um eine effektive Kriminalitätsbekämpfung zu ermöglichen. Die E.U. ist dabei jedoch gleichzeitig gemäß Art. 67 Abs. 1 HS 2 EUV verpflichtet die verschiedenen Rechtsordnungen und –traditionen der Mitgliedstaaten zu achten.

Die Entwicklung der Rechtshilfe in Strafsachen auf Unionsebene ist somit von einem Tauziehen zwischen einer wirksamen Kooperation der Mitgliedstaaten einerseits und dem Schutz ihrer nationalen Souveränitäten und Identitäten andererseits geprägt. Unter Berücksichtigung dieser widerstreitenden Interessenlage wird auch die RL zur Einführung einer Europäischen Ermittlungsanordnung zu lesen sein.

---

<sup>18</sup> Labayle, *JurisClasseur Europe Traité, Coopération judiciaire en matière pénale et coopération policière*, Fasc. 2680 ff., Rn 31; Weyembergh, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2004, S. 112 ff.; Gless, *ZStW*, 2013, S. 573.

<sup>19</sup><http://www.spiegel.de/politik/ausland/carles-puigdemont-ist-zufrieden-mit-auslieferungsbeschluss-wegen-veruntreuung-a-1218104.html> (Stand 24.08.2018).

<sup>20</sup> Hecker, *Europäisches Strafrecht*, S. 452; Klip, *European Criminal Law, intersentia*, Cambridge/Antwerpen/Portland, 2016, S. 40; Eser, in *Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands*, S. 3; Perron, in *FS für Wilfried Küper*, S. 434; Perron, *ZStW*, 1996, S. 149-152.

<sup>21</sup> Eser, in *Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell: eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und zentralasiatischen Strafprozessrechts*, V; Eser, in *Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands*, S. 5, 6.

## II. Gegenstand der Untersuchung – Einführung in die Problematik

Die RL stellt eine europäische Initiative aus dem Jahre 2014 dar, die die so genannte sonstige Rechtshilfe in Strafsachen<sup>22</sup> (oder auch „kleine Rechtshilfe“<sup>23</sup> genannt, frz. „entraide judiciaire“<sup>24</sup>) zum Regelungsgegenstand hat. Darunter versteht man jede Unterstützung eines Mitgliedstaats, die für ein ausländisches Verfahren in einer strafrechtlichen Angelegenheit gewährt wird, die nicht in der Auslieferung einer beschuldigten Person oder der Vollstreckung einer bereits ausgesprochenen Strafe besteht<sup>25</sup>; damit ist insbesondere der unionsrechtliche Beweismitteltransfer gemeint<sup>26</sup>.

Unter Beweismitteltransfer versteht man die Erhebung und Übermittlung von Beweismitteln durch einen Mitgliedstaat im Rahmen eines Strafverfahrens eines anderen Mitgliedstaates<sup>27</sup>. Laut Terminologie der RL heißt der Mitgliedstaat, der die Beweise erheben und übermitteln soll, „Vollstreckungsstaat“<sup>28</sup>. Den Mitgliedstaat, der die Vornahme dieser Handlungen anordnet, nennt man „Anordnungsstaat“<sup>29</sup>. Die RL führt dabei als einheitliches Instrument der Rechtshilfe die so genannte Europäische Ermittlungsanordnung (iF EEA) ein. Eine EEA ist eine gerichtliche Entscheidung, die von einer Justizbehörde des Anordnungsstaats zur Durchführung einer oder mehrerer Ermittlungsmaßnahmen in dem Vollstreckungsstaat zur Erlangung von Beweisen erlassen oder validiert wird, vgl. Legaldefinition in Art. 1 Abs. 1 RL.

---

<sup>22</sup> Vgl. § 59 des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (iF IRG).

<sup>23</sup> Böse, Europäisches Strafrecht, S. 613; Ambos, ZIS, 2010, S. 557 (mit weiteren Nachweisen zu der Unterscheidung der „großen Rechtshilfe“ von der „kleinen Rechtshilfe“); Zimmermann, ZStW, 2015, S. 143.

<sup>24</sup> Pradel/Corstens/Vermeulen, Droit pénal européen, Dalloz, Paris, 2009, S. 139; Gless, Les perspectives de l'espace judiciaire européen en matière de recherche et d'utilisation des preuves situées à l'étranger, in Jault-Seseke/Lelieur/Pigache, L'espace judiciaire européen civil et pénal, Regards croisés, Dalloz, Paris, 2009; Massé, L'entraide judiciaire internationale version française (loi n° 2004-204 du 29 mars 2004), RSC, 2005, S. 406.

<sup>25</sup> Vogel/Burchard, in Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, Vor § 1 IRG Rn 18; Esser, Europäisches und internationales Strafrecht, S. 430; Hackner/Schierholt, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, S. 2; Ahlbrecht, in Ahlbrecht/Böhm/Esser/Eckelmanns, Internationales Strafrecht, S. 483; Sinn/Zöller, in Strafrecht ohne Grenzen, S. 123, 124.

<sup>26</sup> Böse, in Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, RL EEA Rn 1.

<sup>27</sup> Böse, Europäisches Strafrecht, S. 618.

<sup>28</sup> Art. 2b) RL.

<sup>29</sup> Art. 2a) RL.



Die RL stützt sich auf Art. 82 Abs. 1 AEUV<sup>30</sup>. Art. 82 AEUV betrifft die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen in der Union. Unter Strafsachen versteht man die Ermittlung, Verfolgung und Aburteilung von Straftaten oder die Vollstreckung von Strafen<sup>31</sup>. Zusammenarbeit meint jede zielgerichtete Unterstützung eines Mitgliedstaates im Rahmen einer nationalen Strafsache durch einen anderen Mitgliedstaat („horizontale Zusammenarbeit“<sup>32</sup>) oder durch Institutionen der Union („vertikale Zusammenarbeit“<sup>33</sup>). Darunter fällt mithin auch die sonstige Rechtshilfe in Gestalt der Beweiserhebung oder Verfahrenshilfe<sup>34</sup>.

Art. 82 Abs. 1 AEUV besagt: *„Die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen in der Union beruht auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen und umfasst die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten in den in Absatz 2 und in Artikel 83 genannten Bereichen.“*

*Das Europäische Parlament und der Rat erlassen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Maßnahmen, um*

- a) Regeln und Verfahren festzulegen, mit denen die Anerkennung aller Arten von Urteilen und gerichtlichen Entscheidungen in der gesamten Union sichergestellt wird;*
- b) Kompetenzkonflikte zwischen den Mitgliedstaaten zu verhindern und beizulegen;*
- c) die Weiterbildung von Richtern und Staatsanwälten sowie Justizbediensteten zu fördern;*
- d) die Zusammenarbeit zwischen den Justizbehörden oder entsprechenden Behörden der Mitgliedstaaten im Rahmen der Strafverfolgung sowie des Vollzugs und der Vollstreckung von Entscheidungen zu erleichtern.“*

Die Zusammenarbeit in Strafsachen basiert laut Absatz 1 auf dem so genannten

---

<sup>30</sup> Kotzur, in Geiger/Khan/Kotzur, Art. 82 AEUV Rn 7; Vogel/Eisele in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 82 AEUV, Rn 72; Satzger, Internationales und europäisches Strafrecht, S. 204; Zimmermann, ZStW, 2015, S. 146.

<sup>31</sup> Vogel/Eisele, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 82 AEUV Rn 11.

<sup>32</sup> Vogel/Eisele, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 82 AEUV, Rn 14.

<sup>33</sup> Vogel/Eisele, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 82 AEUV, Rn 14.

<sup>34</sup> Vogel/Eisele, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 82 AEUV, Rn 14.

Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung („principe de reconnaissance mutuelle“) gerichtlicher Urteile und Entscheidungen und dient als Instrument zur Schaffung eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts<sup>35</sup> (s. Art. 67 Abs. 3 AEUV). Gemäß diesem Grundsatz sind gerichtliche Entscheidungen eines nationalen Mitgliedstaats als solche in einem anderen Mitgliedstaat anzuerkennen und zu vollstrecken<sup>36</sup>.

Mit Bezug auf die RL, welche ebenfalls auf diesem Grundsatz beruht (s. Art. 1 Abs. 2 RL), bedeutet dies, dass eine EEA des Anordnungsstaates als gerichtliche Entscheidung zur Vornahme einer Beweiserhebungsmaßnahme durch den Vollstreckungsstaat anzuerkennen und zu vollstrecken ist, auch wenn eine solche gerichtliche Entscheidung gegebenenfalls in einem nationalen Verfahren nicht hätte erlassen werden können. Davon können auch grundrechtsrelevante Zwangsmaßnahmen, wie beispielsweise eine Durchsuchung, erfasst sein.

Die RL verschreibt sich dabei keiner „automatischen“ Anerkennung. Der Vollstreckungsstaat ist nicht gehindert Versagungsgründe hinsichtlich der Anerkennung und Vollstreckung einer EEA zu prüfen<sup>37</sup> (s.a. Art. 9 ff. RL) und die ausländischen Anordnungen in nationale „Anerkennungsentscheidungen“ umzuwandeln<sup>38</sup>. Zudem bestimmt die RL auch konkrete Anordnungsvoraussetzungen einer EEA (z.B. die Achtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, s. Art. 6 Abs. 1 a) RL), um Konflikte zwischen den Rechtsordnungen zu vermeiden. Durch die Einführung von wesentlichen Verfahrensprinzipien, die jeder Staat einzuhalten hat, soll gewährleistet werden, dass kein Staat verpflichtet sein soll eine EEA umzusetzen, die in einem krassen Widerspruch zu der eigenen Rechtsordnung steht. Zudem sind alle Mitgliedstaaten an die Europäische Menschenrechtskonvention (iF EMRK) und die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (iF EuGrCh) gebunden, so dass gewisse Mindeststandards hinsichtlich der Anordnung und Vollstreckung von Zwangsmaßnahmen gelten<sup>39</sup>, s. Art. 1 Abs 4 RL iVm Art. 6 EUV. Im Rahmen eines Strafverfahrens spielt dabei insbesondere Art. 6 EMRK eine wichtige Rolle, da dieser

---

<sup>35</sup> Vogel/Eisele, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 82 AEUV Rn 19; Safferling, Internationales Strafrecht, S. 495.

<sup>36</sup> Vogel/Eisele, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 82 AEUV Rn 23.

<sup>37</sup> Vogel/Eisele, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 82 AEUV Rn 72.

<sup>38</sup> Vogel/Eisele, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 82 AEUV Rn 27, 29.

<sup>39</sup> Vogel/Eisele, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 82 AEUV Rn 19.

zahlreiche Mindestgarantien eines rechtsstaatlichen Verfahrens nennt<sup>40</sup>. So statuiert Art. 6 Abs. 1 EMRK ein allgemeines Recht auf Zugang zu den Gerichten. Dieses Recht wird durch strafprozessuale Verfahrensgrundsätze in Abs. 2 (Unschuldsvermutung) und Abs. 3 (Mindestrechte des Angeklagten) ergänzt.

Trotz dieser (beschränkten) Anordnungsmöglichkeit und Vollstreckungspflicht kann es dennoch im Rahmen einer Rechtshilfehandlung zu Konflikten kommen. Als Beispiel soll der Fall genannt werden, dass ein Mitgliedstaat einen höheren Schutz der verdächtigen Person vorsieht, als dies im Rahmen der EMRK, der EuGrCh und insbesondere dem Recht des Vollstreckungsstaates der Fall ist.

Ein weiteres Problem kann im Rahmen der Rechtshilfe auch in Bezug auf die Frage der Verwertbarkeit eines im Ausland erhobenen Beweismittels entstehen<sup>41</sup>. Grundsätzlich gilt im Rechtshilfeverkehr mit dem Ausland der Grundsatz, dass eine Beweiserhebung dem Recht des Vollstreckungsstaats unterliegt (Grundsatz des „locus regit actum“<sup>42</sup>). Die unterschiedlichen Ausgestaltungen der nationalen Rechtsordnungen können jedoch dazu führen, dass ein im Vollstreckungsstaat ordnungsgemäß erhobenes Beweismittel nach dem Recht des Anordnungsstaates so nicht hätte erhoben werden dürfen. Der Verwertung des Beweismittels könnten nationale Zulässigkeits- und Verwertungsprobleme entgegenstehen<sup>43</sup>.

Um europaweit verwertbare Beweismittel zu schaffen, kann auf europäischer Ebene entweder auf Harmonisierungsmaßnahmen der nationalen Strafprozessordnungen zurückgegriffen (s. Art. 82 Abs. 1, 2 a) AEUV)<sup>44</sup> oder aber der Grundsatz des „forum regit actum“, demnach eine Beweiserhebung im Vollstreckungsstaat auch nach dem Recht des Anordnungsstaates

---

<sup>40</sup> Satzger, JURA, 2009, S. 766.

<sup>41</sup> Claverie-Rousset, The admissibility of evidence in criminal proceedings between European Union Member States, *European Criminal Law Review*, C.H. Beck, Nomos, Baden-Baden, 2013, S. 152 ff.

<sup>42</sup> Vogel/Eisele, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 82 AEUV Rn 97; Ambos, *Internationales Strafrecht*, S. 658; Gleß, *Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung*, S. 113; Satzger, *Internationales und europäisches Strafrecht*, S. 203.

<sup>43</sup> Perron, in *Organisierte Kriminalität als transnationales Phänomen*, S. 38.

<sup>44</sup> Claverie-Rousset, The admissibility of evidence in criminal proceedings between European Union Member States, *European Criminal Law Review*, C.H. Beck, Nomos, Baden-Baden, 2013, S. 154.

ablaufen kann, angewendet werden<sup>45</sup>. Die RL wählt den zweiten Weg und verschreibt sich in ihrem Art. 9 Abs. 2 dem Grundsatz des „forum regit actum“. Der Vollstreckungsstaat hat demnach die Verfahrens- und Formvorschriften, die von dem Anordnungsstaat vorgeschrieben wurden, im Grunde einzuhalten. Die RL enthält im Gegenzug keine Harmonisierungstendenzen der nationalen Strafverfahrensordnungen. Die Anwendung des Grundsatzes des „forum regit actum“ wirft jedoch Probleme auf. So kann die Einhaltung ausländischer Verfahrensvorschriften die wesentlichen Verfahrensgrundsätze des Vollstreckungsstaates verletzen. Auch besteht die Möglichkeit, dass aus praktischer Sicht die Durchführung einer Maßnahme nach ausländischem Recht schlichtweg unmöglich ist. Zudem ist auch zu beachten, dass sich ein Individuum mit Anwendung des Grundsatzes des „forum regit actum“ einem fremden Recht unterwerfen muss, das gegebenenfalls nicht im Einklang mit dem ihm bekannten nationalem Recht steht<sup>46</sup>.

Die Einführung der RL war daher aus all diesen Gründen auch nicht unumstritten<sup>47</sup>. Viele Stimmen kritisierten insbesondere die Implementierung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung in die sonstige Rechtshilfe in Strafsachen, da damit eine Schmälerung von Beschuldigtenrechten befürchtet wurde. Zudem seien die Strafverfahren der Mitgliedstaaten zu unterschiedlich, so dass EEAen die nationalen Prinzipien eines rechtsstaatlichen Verfahrens verletzen könnten und darüber hinaus keine verwertbaren Beweismittel produzieren würden.

Ob diese Befürchtungen hinsichtlich der praktischen Umsetzung der RL gerechtfertigt sind, sollte im Rahmen dieser Arbeit untersucht werden. Dazu wurden zunächst die Vorschriften der RL analysiert, um in einem zweiten Schritt deren konkrete Umsetzung am Beispiel einer deutsch-französischen Rechtshilfeleistung beobachten zu können. Damit sollte geprüft werden, ob im Rahmen der Anordnung und/oder der Vollstreckung einer Rechtshilfe die oben genannten

---

<sup>45</sup> Rackow, KriPoz, 2017, S. 86; Zimmermann, ZStW, 2015, S. 150.

<sup>46</sup> Böse, Europäisches Strafrecht, S. 615.

<sup>47</sup> Blackstock, The European Investigation Order, New Journal of European Criminal Law, Intersentia, Antwerpen/Oxford/Portland, 2010, S. 481; Gleß, ZStW, 2013, S. 573; dieselbe, JR, 2008, S. 321; Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht, European Criminal Policy Initiative ([www.crimpol.eu](http://www.crimpol.eu)), ZIS, 2013, S. 412; Satzger, in FS für Gunter Widmaier, S. 557; Schuster, ZIS, 2016, S. 564 ff.;

Probleme aufgrund einer unterschiedlichen Ausgestaltung der Rechtsordnungen tatsächlich bestehen. Ein Blick in die Praxis war notwendig, da sich erst dadurch das wahre Ausmaß der Umsetzungsschwierigkeiten der RL zeigen konnte. Die Wahl fiel aus mehreren Gründen auf eine Gegenüberstellung der deutschen und französischen Rechtsordnung. Zum einen lag keine aktuelle Studie bezüglich der Rechtshilfepraxis zwischen diesen beiden Ländern vor, obwohl schon aufgrund der geographischen Nähe ein erhöhter Kooperationsbedarf vermutet werden kann. Zudem besteht auch eine gewisse inhaltliche Nähe dieser Nachbarrechtsordnungen, die auf eine gemeinsame Geschichte (als Beispiel kann der Einfluss des napoleonischen „Code pénal“ von 1810 auf das deutsche Strafrecht genannt werden<sup>48</sup>)<sup>49</sup> zurückblicken können. Den Rechtsordnungen ist zudem gemein, dass sie vom Prinzip her<sup>50</sup> inquisitorische und nicht adversatorische Strafrechtssysteme verkörpern<sup>51</sup>. Beiden Rechtsordnungen ist auch gleich, dass in einem vorgerichtlichen Ermittlungsverfahren die Beweismittel erhoben werden, die später in der Hauptverhandlung zur Grundlage der Verurteilung gemacht werden sollen<sup>52</sup>.

### **III. Gang der Darstellung**

Diese Arbeit geht in ihrem ersten Hauptteil (A.) zunächst näher auf die Historie sowie die inhaltliche Ausgestaltung der EEA ein, um herauszuarbeiten, inwiefern sich mit der Einführung der RL die sonstige Rechtshilfe in Strafsachen geändert hat.

Der zweite Hauptteil der Arbeit (B.) widmet sich dann den praktischen Umsetzungsschwierigkeiten der RL am Beispiel einer deutsch-französischen Rechtshilfe. Es wird zu prüfen sein, ob im Rahmen der Anordnung und/oder der Vollstreckung einer

---

<sup>48</sup> Basile, Multikulturelle Gesellschaft und Strafrecht, S. 97.

<sup>49</sup> Roxin, Strafverfahrensrecht, S. 11.

<sup>50</sup> Der sog. „inquisitorische“ und „adversatorische“ Prozess bestehen so in ihrer Reinform nicht mehr; vielmehr haben sich die Verfahren vermischt oder wurden durch neue Einflüsse erweitert. Insoweit sei nur auf die Ausführungen in Eser, in Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell: eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und zentralasiatischen Strafprozessrechts, V zu verweisen.

<sup>51</sup> Eser, in Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands, S. 5, 6.

<sup>52</sup> Barth, in Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa, S. 234; Barth/Koch, in Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands, S. 133; Perron, in Organisierte Kriminalität als transnationales Phänomen, S. 49.

Rechtshilfe in Form einer EEA Konflikte zu erwarten sind, die durch eine unterschiedliche Ausgestaltung der jeweiligen nationalen Strafprozessordnungen bedingt sind. Es werden insbesondere die Beschuldigtenvernehmung („audition du suspect“), die Zeugenvernehmung („audition du témoin“), sowie die Durchsuchung und Beschlagnahme („perquisition et saisie“) als Ermittlungsmaßnahmen gegenüber- und deren Vollstreckung im Rahmen einer deutsch-französischen Rechtshilfe auf Grundlage einer EEA dargestellt.

Die Dissertation endet mit einer Schlussbetrachtung, in welcher die Befunde der Untersuchung zusammengeführt werden. Zudem wird versucht auf die Frage, ob die RL die Rechtshilfe besser und effektiver gestaltet hat, zu antworten. Gleichzeitig wird zu verschiedenen, in der Literatur entwickelten, Lösungsansätzen zur Reform der sonstigen Rechtshilfe in Strafsachen Stellung genommen.

## A. Die Reform der sonstigen Rechtshilfe in Strafsachen

Die RL stellt nicht das erste Regelwerk, das sich mit der sonstigen Rechtshilfe in Strafsachen im europäischen Raum befasst, dar. Erste Bestrebungen der europäischen Gemeinschaft eine einheitliche Beweistransferregelung zu etablieren, sind aufgrund des Aufkommens eines politisch motivierten Terrorismus und diverser Erscheinungsformen organisierter Kriminalität<sup>53</sup> schon seit Mitte des letzten Jahrhunderts zu erkennen<sup>54</sup>. Aufgrund der Öffnung der Grenzen<sup>55</sup> und der damit einhergehenden erhöhten Freizügigkeit entstand zudem spezifisch auf unionsrechtlicher Ebene das Bedürfnis den Beweismitteltransfer einheitlich und effizient zu gestalten<sup>56</sup>, da sich mit der Öffnung der Grenzen gleichzeitig auch die Fälle der grenzüberschreitenden Kriminalität gemehrt haben<sup>57</sup>. Dabei wurde aber immer wieder deutlich, dass die europäischen Initiativen und Instrumente zur Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität aufgrund der stark formalisierten und aufwendigen, wie auch teuren Verfahren nicht effektiv sind<sup>58</sup>. Als Beispiel sei ein italienisches Verfahren der Korruptionsbekämpfung genannt, in dem 650 Anträge auf Rechtshilfe an 28 Mitgliedstaaten gestellt, dabei 438 nicht beantwortet, 9 Anfragen mit einer Begründung abgelehnt und 203

---

<sup>53</sup> Ein Überblick bezüglich der Entwicklung dieser Kriminalitätsform findet sich in Roux-Demare, *De l'entraide pénale à l'Europe pénale*, Dalloz, Paris, 2014, S. 52 ff.

<sup>54</sup> Hecker, *Europäisches Strafrecht*, S. 170. *Ghica-Lemarchand* verweist sogar auf ein Abkommen aus dem 12. Jahrhundert, das zwischen König Henrich II., König von England und König Wilhelm I., König von Schottland im Jahre 1174 zur gegenseitigen Auslieferung von Landesverrätern unterzeichnet wurde, in: *La commission rogatoire internationale en droit pénal*, RSC, 2003, S. 33; Militello, in *Organisierte Kriminalität als transnationales Phänomen*, S. 4.

<sup>55</sup> Hecker, *Europäisches Strafrecht*, S. 170.

<sup>56</sup> Ghica-Lemarchand, *La commission rogatoire internationale en droit pénal*, RSC, 2003, S. 33; Perron, *ZStW*, 1997, S. 281; ders., in *Europa als Rechtsgemeinschaft*, S. 146; Ruffert, in *Die Europäische Union – Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* ?, S. 27 ; Schönemann, in *Die Europäische Union – Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* ?, S. 89.

<sup>57</sup> Beulke, *Strafprozessrecht*, Rn 10; Pradel, *Droit pénal comparé*, Dalloz, Paris, 2016, S. 1046, 1047; Kelly/Kemshall/Herzog-Evans, *Délinquants frontaliers: comment élaborer une approche européenne ? Leçons du projet SOMEAC*, *AJ Pénal*, 2017, S. 432; Nogala, *Policing across a dimorphous border: challenge and innovation at the french-german border* in Albrecht/Klip, *Crime, Criminal Law and Criminal Justice in Europe*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2013, S. 407; Roux-Demare, « *L'Europe pénale* » : une utopie réalisable, *Les cahiers de la justice*, 2014, S. 122.

<sup>58</sup> Delmas-Marty, *Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Economica, Paris, 1997, S. 13; Hecker, *Europäisches Strafrecht*, S. 420; Roux-Demare, *De l'entraide pénale à l'Europe pénale*, Dalloz, Paris, 2014, S. 78 ff.; Nogala, *Policing across a dimorphous border: challenge and innovation at the french-german border*, in Albrecht/Klip, *Crime, Criminal Law and Criminal Justice in Europe*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2013, S. 413; Perron, in *Organisierte Kriminalität als transnationales Phänomen*, S. 35, 36.

Anträge bewilligt wurden<sup>59</sup>.

Die Einführung der RL sollte das bisherige Rechtshilfesystem reformieren<sup>60</sup>. In diesem Kontext gilt es zu hinterfragen, ob sie tatsächlich eine effektive Antwort zur Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität darstellt und die Mitgliedstaaten somit ihrem primärrechtlich festgesteckten Ziel der Bildung eines Raums der Sicherheit, der Freiheit und des Rechts näher rücken. Im Folgenden werden dazu zunächst die auf europäischer Ebene bereits ergangenen Rechtsakte genannt (I.), um im Anschluss die durch die RL bedingten Änderungen der sonstigen Rechtshilfe darzustellen (II.).

## **I. Die Rechtshilfe in Strafsachen von 1959 bis 2014**

Im Folgenden werden die bis zum Erlass der RL prägenden Rechtsakte dargestellt, die die nationalen Vorschriften beeinflusst und die Rechtshilfe auf europäischer Ebene gestaltet haben.

### **1. Das Europäische Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959<sup>61</sup>**

Es handelt sich hierbei um eine Initiative des Europarates und stellt in dieser Form das erste vollständige Konzept zur Schaffung verbindlicher Maßstäbe für den Beweistransfer auf europäischer Ebene dar<sup>62</sup>. Das Übereinkommen (iF Übereinkommen 1959) gilt aus diesem Grund als Meilenstein der europäischen Rechtshilfe. In Art. 1 Abs. 1 heißt es:

*„Die Vertragsparteien verpflichten sich, gemäß den Bestimmungen dieses Übereinkommens einander so weit wie möglich Rechtshilfe zu leisten in allen Verfahren hinsichtlich strafbarer Handlungen, zu deren Verfolgung in dem Zeitpunkt, in dem um Rechtshilfe ersucht wird, die Justizbehörden des ersuchenden Staates zuständig sind.“* (eigene Hervorhebung)

Das Übereinkommen ist von einem diplomatischen Ansatz zur Durchführung von

---

<sup>59</sup> Roux-Demare, De l'entraide pénale à l'Europe pénale, Dalloz, Paris, 2014, S. 78 ff.

<sup>60</sup> Esser, Europäisches und internationales Strafrecht, S. 435.

<sup>61</sup> Europarat, Sammlung Europäischer Verträge Nr. 30, BGBl. ,1964 II, S. 1386.

<sup>62</sup> Beauvais, Chronique Droit pénal de l'Union européenne – De l'entraide judiciaire à l'enquête pénale européenne – À propos de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne, RTD Eur., 2015, S. 77 ff.



Rechtshilfehandlungen geprägt. Die Entscheidung, ob Rechtshilfe geleistet wird, liegt im Ermessen des angerufenen Staates. Dieser unverbindliche Charakter der Rechtshilfe spiegelt sich auch in der Terminologie des Übereinkommens (man spricht von einem „Ersuchen“ um Rechtshilfe, s. Artt. 1, 3 Abs. 1) sowie dessen inhaltlichen Ausgestaltung wieder. So sind ausländische Ersuchen zunächst an das Justizministerium des ersuchten Staates zu übermitteln, das auf dieser exekutiven Ebene prüft, ob die Rechtshilfehandlung bewilligt wird (s. Art. 15). Erst im Falle einer solchen Bewilligung wird das Ersuchen an die zuständige Justizbehörde übermittelt, die dann die rechtlichen Voraussetzungen überprüft. Die Rechtshilfeleistung nach dem Übereinkommen 1959 stellt damit kein rein gerichtliches Verfahren dar, ein erster Unterschied mit Blick auf die RL (vgl. Art. 1 Abs. 1 RL)<sup>63</sup>, worauf noch näher einzugehen sein wird.

Das Übereinkommen spricht den Mitgliedstaaten zudem einen weiten Entscheidungsspielraum bezüglich der Frage, ob ein ausländisches Rechtshilfeersuchen tatsächlich umgesetzt werden muss, zu. Die Rechtshilfe soll nur „so weit wie möglich“ (Art. 1 Abs. 1) geleistet werden. In diesem Sinne erklärt sich auch der sehr weit gehaltene Katalog mit Versagungsgründen in Art. 2 b) des Übereinkommens. Darin heißt es:

*„Die Rechtshilfe kann verweigert werden: (...)*

*b) wenn der ersuchte Staat der Ansicht ist, dass die Erledigung des Ersuchens geeignet ist, die Souveränität, die Sicherheit, die öffentliche Ordnung (ordre public) oder andere wesentliche Interessen seines Landes zu beeinträchtigen.“*

Darüber hinaus sieht das Übereinkommen 1959 die strikte Einhaltung des „locus regit actum“ Grundsatzes vor, demnach ein ausländisches Ersuchen ausschließlich entsprechend der

---

<sup>63</sup> Literaturansichten sprechen auch von einer steten „Vergerichtlichung“ / « *judiciarisation* » der europäischen Initiativen im Bereich des Strafverfahrensrechts, so Marty, Un exemple de décision nouvelle, La décision d'enquête européenne, Vers la judiciarisation aboutie de la coopération judiciaire dans l'Union européenne ?, Jurisdoctria, Nr. 7, [www.jurisdoctria.net](http://www.jurisdoctria.net), 2011, S. 105 ff.; Taupiac-Nouvel, Réflexions sur la consécration de la notion européenne d'autorité judiciaire, à propos de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne, Actualités du GDR, 19.06.2017 – gdr-elsj.eu; Weyembergh, L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union Européenne, Archives de politique criminelle, Editions A. Pédone, Paris, 2004, S. 37 ff. ; ebenso EuGH, Urt. v. 30.05.2013, C-168/13 PPU – lexetius.

nationalen Regeln des ersuchten Staates vollstreckt wird.

Das Übereinkommen von 1959 wurde mit dem Übereinkommen vom 17. März 1978 erweitert, das besondere Regelungen für fiskalische Ermittlungsverfahren vorsieht<sup>64</sup>.

## **2. Das Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 29. Mai 2000<sup>65</sup>**

### a) Historischer Kontext

Bevor auf das erste unionsrechtliche Übereinkommen zur Rechtshilfe in Strafsachen eingegangen wird, ist der historische Kontext in der gebotenen Kürze nachzuzeichnen<sup>66</sup>.

Schon die EG-Mitgliedstaaten wünschten eine zunehmend engere justizielle Zusammenarbeit im Bereich der Strafverfolgung, besaßen jedoch keine Kompetenz für innen- und rechtspolitische Angelegenheiten<sup>67</sup>. Aus diesem Grund entstanden zunächst Formen der informellen Zusammenarbeit, wie die so genannten TREVI Konsultationsgruppen<sup>68</sup>. Sodann kam es ab den 80er Jahren vermehrt zu einer Kooperation im Rahmen des Schengener Besitzstandes, insbesondere mit Inkrafttreten des Schengener Durchführungsübereinkommen am 1. September 1993<sup>69</sup>, um den, durch die Grenzöffnung entstandenen, Sicherheitslücken entgegenzuwirken<sup>70</sup>. Mit dem Vertrag von Maastricht vom 1. November 1993, mit dem die Gründung der Europäischen Union besiegelt wurde, wurde die so genannte dritte Säule

---

<sup>64</sup> Zusatzprotokoll zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen v. 17.03.1978, Council of Europe, Sammlung Europäischer Verträge Nr. 99, BGBl., 1990 II, S. 124, 125.

<sup>65</sup> Rechtsakt des Rates vom 29. Mai 2000 über die Erstellung des Übereinkommens – gemäß Artikel 34 des Vertrags über die Europäische Union – über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, 2000/C 197/01, Amtsbl. Nr. C 197/1 v. 12.07.2000.

<sup>66</sup> Einen umfassenden Überblick findet sich in Flore, *Droit pénal européen: Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Larcier, Bruxelles, 2014, Rn 26 ff.; Haguenau-Moizard/Gazin/Leblois-Happe, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, Larcier, Bruxelles, 2016, S. 28 ff.

<sup>67</sup> Haguenau-Moizard/Gazin/Leblois-Happe, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, Larcier, Bruxelles, 2016, S. 28.

<sup>68</sup> Flore, *Droit pénal européen: Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Larcier, Bruxelles, 2014, Rn 47; Hecker, *Europäisches Strafrecht*, S. 170.

<sup>69</sup> Schengen-Besitzstand, Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen ("Schengener Durchführungsübereinkommen") v. 19.06.1990, Amtsbl. Nr. L 239 v. 22.09.2000, S. 0019-0062.

<sup>70</sup> Bspw. sog. Schengener Informationssystem, s. Hecker, *Europäisches Strafrecht*, S. 172.

geschaffen, um gemeinsame Strukturen für eine staatenübergreifende Zusammenarbeit in Strafsachen zu bilden<sup>71</sup>. Den Organen der Union standen jedoch zu diesem Zweck keine Rechtsetzungskompetenzen zu. Die Zusammenarbeit sollte vielmehr auf politischer Ebene stattfinden. Mit dem, am 1. Mai 1999 in Kraft getretenen, Vertrag von Amsterdam wurde innerhalb dieser dritten Säule der Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen zur Schaffung eines Raums der Sicherheit, der Freiheit und des Rechts eingerichtet. Zudem wurde der Schengener Besitzstand in die Verträge der EU aufgenommen<sup>72</sup>. Mit dem Vertrag von Lissabon wurde die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen im Jahre 2007 in das allgemeine Unionsrecht überführt, so dass den Organen der E.U. heute zur Bekämpfung von transnationaler Kriminalität Rechtsetzungsbefugnisse zukommen. Für die sonstige Rechtshilfe sieht Art. 82 Abs. 1, 2 AEUV besondere Handlungsmöglichkeiten vor<sup>73</sup>, wie noch weiter unten zu sehen sein wird.

#### b) Das Übereinkommen

Im Verlauf dieser historischen Entwicklungen wurde am 29. Mai 2000, in Ergänzung des Übereinkommens 1959, dessen Zusatzprotokolls, sowie des Schengener Durchführungsübereinkommens, ein zweites Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen, erlassen, vgl. Art. 1 des Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 29. Mai 2000 (iF Übereinkommen 2000). Es handelt sich um den zweiten Meilenstein in der Geschichte der europäischen Rechtshilfe.

Das Übereinkommen 2000 geht dabei über seine Ergänzungswirkung hinaus. Es setzt sich zum Ziel das bestehende Rechtssystem zu ändern und die Mitgliedstaaten verstärkt in die Pflicht zu nehmen Rechtshilfe zu leisten. Die unionsrechtliche Rechtshilfe verliert in Folge ihren diplomatischen Charakter und stellt seitdem ein gerichtliches Verfahren dar. Die

---

<sup>71</sup> Flore, Droit pénal européen: Les enjeux d'une justice pénale européenne, Larcier, Bruxelles, 2014, Rn 46 ff.; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 22.

<sup>72</sup> Flore, Droit pénal européen: Les enjeux d'une justice pénale européenne, Larcier, Bruxelles, 2014, Rn 53 ff.; Hecker, Europäisches Strafrecht, S. 187, 188.

<sup>73</sup> Flore, Droit pénal européen: Les enjeux d'une justice pénale européenne, Larcier, Bruxelles, 2014, Rn 64 ff.; Kühne, Strafprozessrecht, S. 49.

Mitgliedstaaten werden zudem verpflichtet Ersuchen „so rasch wie möglich“ zu erledigen (Art. 4 Abs. 2).

Des Weiteren bestimmt Art. 4 Abs. 1 des Übereinkommens, dass der ersuchte Mitgliedstaat ausdrücklich angegebene Formvorschriften und Verfahren des ersuchenden Mitgliedstaates im Rahmen der Vollstreckung der Rechtshilfe einhalten muss. Damit wird der, jahrelang der traditionellen Rechtshilfe inhärente, Grundsatz des „locus regit actum“ aufgelockert<sup>74</sup>.

Das Zweite Zusatzprotokoll vom 8. November 2001 ergänzt die Übereinkommen 1959 und 2000<sup>75</sup>.

### **3. Der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl**

Im Rahmen dieser Arbeit ist auch auf den Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl (iF EuHb) und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten<sup>76</sup> einzugehen, auch wenn dieser den Auslieferungsverkehr, eine Materie die nicht der sonstigen Rechtshilfe unterfällt, regelt. Grund hierfür ist, dass auch die Auslieferung einer Person im Rahmen eines Strafermittlungs- oder -vollstreckungsverfahrens eine effiziente Kooperation zwischen den Mitgliedstaaten zur Bekämpfung transnationaler Kriminalität bedarf<sup>77</sup>. Mithin verfolgt der Rahmenbeschluss das gleiche Ziel wie die RL. Zudem bedeutet ein Auslieferungsverfahren gleichzeitig auch die Konfrontation verschiedener Rechtsordnungen, so dass insoweit ähnliche Probleme wie im Rahmen der RL vermutet werden können. Ein vergleichender Blick auf die Regelungen und Probleme des EuHb bietet sich darüber hinaus auch deshalb an, da der Rahmenbeschluss das erste Rechtsinstrument in Strafsachen darstellt, das auf dem Grundsatz gegenseitiger Anerkennung beruht<sup>78</sup>, vgl. Art. 1.

---

<sup>74</sup> Beauvais, Chronique Droit pénal de l'Union européenne – De l'entraide judiciaire à l'enquête pénale européenne – À propos de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne, RTD Eur., 2015, S. 778.

<sup>75</sup> Zweites Zusatzprotokoll zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen v. 08.11.2001, BGBl., 2014 II, S. 1038, 1039.

<sup>76</sup> Rahmenbeschluss 2002/584/JAI v. 13.06.2002, Amtsbl. Nr. L 190/1 v. 18.07.2002, S. 0001 - 0020.

<sup>77</sup> EuGH, Urt. v. 26.02.2013, C399/11, Melloni – hrr-strafrecht.

<sup>78</sup> Assemblée Nationale, Rapport d'information déposé par la délégation de l'assemblée nationale pour l'U.E. sur le mandat d'arrêt européen, 11.12.2002, S. 18; Cartier, Le mandat d'arrêt européen, Bruylant, Brüssel, 2005, S. 1; Gréciano, Critique de la coopération judiciaire internationale et européenne du point de vue allemand, Gazette du Palais, 2008, Nr. 253, S. 12.

Nicht ohne Grund wurden die Mitgliedstaaten daher im Rahmen der Ausarbeitung der RL aufgefordert, aus den Fehlern des Rahmenbeschlusses und dessen Anwendung in der Praxis zu lernen<sup>79</sup>.

#### a) Die Reform des europäischen Auslieferungsverfahrens

Das Auslieferungsverfahren auf Unionsebene war Gegenstand zahlreicher Rechtsakte<sup>80</sup>. Dabei gilt jedoch der Rahmenbeschluss vom 13. Juni 2002 als bahnbrechend und innovativ (es war selbst die Sprache von einer „kopernikanischen Wende“<sup>81</sup>), der die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten entscheidend geprägt und gestärkt hat<sup>82</sup>. Gleichzeitig war er, wie weiter unten gesehen wird, auch Auslöser heftiger Kritik, sowie von Konflikten verfassungsrechtlicher Natur in einigen Mitgliedstaaten.

Die Reform der unionsrechtlichen Auslieferungspraxis zeigte nichtsdestotrotz ihre Wirkung. Laut Statistik der Europäischen Kommission vom 31. Juli 2015 wurden im Jahre 2005 (und damit zwei Jahre nach der Umsetzungspflicht des Rahmenbeschlusses<sup>83</sup>) noch 6900 Haftbefehle ausgestellt, im Jahre 2013 waren es schon 13.100 Haftbefehle<sup>84</sup>. Mithin greifen die Behörden der Mitgliedstaaten seit Inkrafttreten des Rahmenbeschlusses immer häufiger auf den EuHb zurück<sup>85</sup>.

Es wurden insbesondere folgende wesentliche Veränderungen getroffen:

- Aufhebung der diplomatischen Ebene, so dass das Auslieferungsverfahren zu einem rein justiziellen Verfahren geworden ist<sup>86</sup> (dieser Schritt wurde im Rahmen der sonstigen

---

<sup>79</sup> S. bspw. Punkt 3.1.1. des Stockholmer Programms des Europäischen Rates, Amtsbl. Nr. C 115/1 v. 04.05.2010. Zudem zu der Übertragung der Kritik an dem EuHb auf die EEA, s. Hofmann, Flucht, Migration und die neue Sicherheitsarchitektur, S. 110 ff.

<sup>80</sup> Ein historischer Überblick findet sich in Cartier, *Le mandat d'arrêt européen*, Bruylant, Brüssel, 2005, S. 17 ff.

<sup>81</sup> Pradel, *Le mandat d'arrêt européen. Un premier pas vers une révolution copernicienne dans le droit français de l'extradition*, Droits, PUF, Paris, 2004, S. 1392.

<sup>82</sup> Cartier, *Le mandat d'arrêt européen*, Bruylant, Brüssel, 2005, S. 1.

<sup>83</sup> Art. 34 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses.

<sup>84</sup> [https://e-justice.europa.eu/content\\_european\\_arrest\\_warrant-90-de.do](https://e-justice.europa.eu/content_european_arrest_warrant-90-de.do) (Stand 03.10.2016).

<sup>85</sup> Böhm, *NStZ*, 2017, S. 77.

<sup>86</sup> Assemblée Nationale, *Rapport d'information déposé par la délégation de l'assemblée nationale pour l'U.E. sur le mandat d'arrêt européen*, 11.12.2002, S. 8.

Rechtshilfe, wie oben gesehen, schon mit dem Übereinkommen 2000 getan);

- Einführung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung und Beschränkung der Versagungsgründe (so nun auch im Rahmen der sonstigen Rechtshilfe vorgesehen, s. Artt. 1 Abs. 1, 11 RL);
- (Partielle) Aufhebung des Erfordernisses der beiderseitigen Strafbarkeit<sup>87</sup> (s. nun Art. 11 Abs. 1 g) RL);
- Strenge Fristen, die bei der Auslieferung einer Person zu beachten sind (s. nun die verbindlichen Fristenregelungen für den Beweismitteltransfer, Art. 12 RL);
- Einheitliche Formulare (erstmalig auch in der RL, s. Art. 5 und Anhang A);
- Übergabe eigener Staatsangehöriger, Art. 5 Nr. 3 des Rahmenbeschlusses<sup>88</sup>;
- Verstärkte Schutzgarantien der auszuliefernden Person (s. nun auch die Artt. 1, 6, 11 Abs. 1 f), 14 RL).

Die große Änderung, die mit dem Rahmenbeschluss bezweckt wurde, bestand darin, die Mitgliedstaaten im Sinne des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung dazu zu verpflichten, ausländische Haftbefehle wie nationale Haftbefehle zu vollstrecken<sup>89</sup>. Jedoch sah sich dieser Rechtsakt mit viel Kritik konfrontiert<sup>90</sup>. Inhaltlich wurde bemängelt, dass der EuHb nicht so innovativ, revolutionär sei, wie man auf den ersten Blick meinen könnte. In vielen Regelungen gleiche er dem traditionellen System und habe damit keine wesentliche Verbesserung, insbesondere hinsichtlich der rechtlichen Stellung der auszuliefernden Person, bewirkt<sup>91</sup>.

Auch die praktische Vollstreckung eines EuHb warf und wirft bis heute Probleme auf<sup>92</sup>. In

---

<sup>87</sup> Der Grundsatz beidseitiger Strafbarkeit stellt eine traditionelle Auslieferungs- und Rechtshilfenvoraussetzung vor, die sowohl mit dem RB als auch mit der RL partiell aufgehoben werden soll, s. Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 22-24.

<sup>88</sup> Dies spielt im Rahmen des unionsrechtlichen Beweismitteltransfers keine Rolle.

<sup>89</sup> Wasmeier, ZEuS, S. 32.

<sup>90</sup> Perron, in FS für Wilfried Küper, S. 430.

<sup>91</sup> "...l'on peut se demander si le mandat d'arrêt européen ne ressemblera pas comme un frère à l'extradition qu'il était censé remplacer.", Cartier, Le mandat d'arrêt européen, Bruylant, Brüssel, 2005, S. 29.

<sup>92</sup> Aubert, De quelques évolutions en matière de mandat d'arrêt européen, AJ Pénal, 2017, S. 111.

diesem Zusammenhang ist noch einmal auf die oben genannte Statistik der Europäischen Kommission einzugehen. Obwohl zwischen 2005 und 2009 insgesamt 54.689 EuHb ausgestellt wurden, wurden lediglich 11.630 Personen ausgeliefert. Hierfür werden mehrere Gründe genannt, z.B. die fehlerhafte Umsetzung des Rahmenbeschlusses in den nationalen Rechtsordnungen, die Nichteinhaltung von Fristen, die Unverhältnismäßigkeit ausländischer Anordnungen<sup>93</sup> oder gar deren Verstoß gegen die, in der EU-Grundrechtecharta und der EMRK garantierten, Grundrechte<sup>94</sup>. Insbesondere letzterer Umstand stellte die Einführung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung in Frage<sup>95</sup> und führte dazu, dass einige Mitgliedstaaten (bspw.: Deutschland, Griechenland, Italien) im nationalen Recht sehr weite Versagungsgründe für die Vollstreckung eines EuHb vorgesehen haben. Damit wurde der Anerkennung ausländischer Entscheidungen eine Absage erteilt<sup>96</sup>.

In diesem Zusammenhang kann eine erste Brücke zu der RL geschlagen werden. Die Mitgliedstaaten wurden aufgrund der Defizite des EuHb bei der Ausgestaltung der RL explizit dazu aufgefordert Lehren aus den inhaltlichen Mängeln des Rahmenbeschlusses zu ziehen und dabei insbesondere auf die Wahrung der europäischen Grundrechte und Verfahrensgrundsätze zu achten<sup>97</sup>. Das Ergebnis findet sich in der Endfassung der RL, die eine explizite Verhältnismäßigkeitsschranke (Artt. 6 Abs. 1a), 10 Abs. 3 RL)<sup>98</sup> sowie erstmalig einen europäischen ordre public-Vorbehalt (Art. 11 Abs. 1 f) RL) vorsieht<sup>99</sup>. Auf diese Vorschriften

---

<sup>93</sup> Ambos, ZIS, 2010, S. 564 ; Csonka, Les perspectives futures du droit pénal de l'Union européenne, RIDP, 2006, S. 347; Roussel, Le mandat d'arrêt européen, Exemple de l'efficacité procédurale européenne, in Roussel/Roux-Demare, L'europeanisation de la justice pénale, Cujas, Paris, 2016, S. 106. S.a. Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die seit 2007 erfolgte Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und das Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten v. 11.04.2001, KOM(2011), S. 175.

<sup>94</sup> Alegre/Leaf, Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study – The European Arrest Warrant, European Law Journal, Sweet&Maxwell, London, 2004, S. 200 ff.; Böse, Europäisches Strafrecht, S. 533.

<sup>95</sup> EuGH, Urt. v. 05.04.2016, C-404/15 und C-659/15 PPU – InfoCuria.

<sup>96</sup> Duthoit, La coopération pénale au sein de l'U.E., 2010, S. 65 ff. – docassas.u-paris2.fr.

<sup>97</sup> Brodowski, ZIS, 2015, S. 97.

<sup>98</sup> Ambos, ZIS, 2010, S. 557. So auch von der European Criminal Policy Initiative gefordert, s. Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht, European Criminal Policy Initiative (www.crimpol.eu), ZIS, 2013, S. 412 ff.

<sup>99</sup> Vogel/Eisele, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 82 AEUV Rn 72; Böse, in Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, RL EEA Rn 5; Leonhardt, Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, S. 57., 60 ff.; Böhm, NSTZ, 2018, S. 204; Brodowski, ZIS, 2015, S. 95.

wird in dem zweiten Abschnitt noch näher einzugehen sein.

Der Rahmenbeschluss zum EuHb sah sich des Weiteren erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt, die sich bei der Umsetzung in die nationalen Rechtsordnungen gezeigt haben. So wurde beispielsweise in Deutschland das Umsetzungsgesetz am 18. Juni 2005 von dem Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig und mithin für nichtig befunden<sup>100</sup>. Insbesondere sah man die Art. 16 GG (Ausbürgerungs- und Auslieferungsverbot von Staatsangehörigen), Art. 20 Abs. 3 GG (Rechtsstaatsprinzip, Verhältnismäßigkeit) und Art. 19 Abs. 4 GG (effektiver Rechtsschutz, Rechtsweggarantie) als verletzt an<sup>101</sup>. Des Weiteren gab es Anlass, die Auslieferungspraxis auf Grundlage des Rahmenbeschlusses am Maßstab der Verfassungsidentität zu überprüfen<sup>102</sup>.

In Frankreich war der Entwurf des Umsetzungsgesetzes zum EuHb Gegenstand einer verfassungsrechtlichen Prüfung<sup>103</sup>, die zur Schaffung des Art. 88-2 der Verfassung vom 4. Oktober 1958 führte. Das Umsetzungsgesetz trat sodann am 9. März 2004 in Kraft<sup>104</sup>.

#### b) Aussichten für die Rechtshilfe in Strafsachen

Anhand der diversen Probleme, die sich hinsichtlich des Inhalts und der praktischen Anwendung des Rahmenbeschlusses ergeben haben, wird im Folgenden versucht einen ersten Blick in die Zukunft zu werfen und mögliche Probleme bei der Umsetzung der RL zu erkennen.

##### aa) Grundsatz gegenseitiger Anerkennung

Dem Rahmenbeschluss lag die Idee zugrunde durch die Anwendung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung die europäische Kooperation effizienter zu gestalten, da die Mitgliedstaaten verpflichtet werden sollten ausländische Haftbefehle wie nationale Entscheidungen anzuerkennen. Gleichzeitig wurde der Katalog der Versagungsgründe

---

<sup>100</sup> BVerfG, Urt. v. 18.06.2005, Az.: 2 BvR 2236/04 – hrr-strafrecht.

<sup>101</sup> BVerfG, Urt. v. 18.06.2005, Az.: 2 BvR 2236/04 (Rn 62) – hrr-strafrecht.

<sup>102</sup> BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015, Az.: 2 BvR 2735/14 – hrr-strafrecht.

<sup>103</sup> Loi constitutionnelle n° 2003-267 du 25 mars 2003 relative au mandat d'arrêt européen (1), JORF, Nr. 72 v. 26.03.2003, S. 5344.

<sup>104</sup> Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF, Nr. 59 v. 10.03.2004, S. 4567.



hinsichtlich der Vollstreckung eines ausländischen EuHb beschränkt. Fraglich ist jedoch, ob die Mitgliedstaaten diesen Anforderungen bei der Umsetzung in die nationalen Rechtsordnungen entsprochen haben.

Der deutsche Gesetzgeber beispielsweise hat sich, entgegen den Vorgaben des Rahmenbeschlusses, für einen allgemeinen *ordre public* – Vorbehalt entschieden, der einen weiten Spielraum hinsichtlich der Vollstreckung eines EuHb belässt, s. § 73 S. 2 IRG. Die Anerkennung eines ausländischen EuHb wird damit konterkariert. Es wird in der Literatur daher die Frage aufgeworfen, ob § 73 S. 2 IRG mit Unionsrecht vereinbar ist<sup>105</sup>. Dies ist nach bisheriger Rechtsprechung des EuGH wohl zu verneinen, der die Vollstreckungspflicht der Mitgliedstaaten streng auslegt<sup>106</sup>. Einer Vollstreckung können demnach nur systemische oder strukturelle Mängel entgegenstehen<sup>107</sup>. Im Fall *Melloni* kam der EuGH<sup>108</sup> sogar zu dem Schluss, dass die Geltung des EuHb-Rahmenbeschlusses nicht durch nationales Verfassungsrecht eines Mitgliedstaates beeinträchtigt werden soll. Dies resultiert aus der Pflicht der Mitgliedstaaten, alles ihnen Mögliche zu tun, um dem Unionsrecht zur Wirksamkeit zu verhelfen und so auszulegen, dass dessen Zweck Rechnung getragen wird. Von diesem Grundsatz werden nur eingeschränkt Ausnahmen gemacht<sup>109</sup>. Dem widersetzte sich jedoch das Bundesverfassungsgericht (iF BVerfG) mit Urteil vom 15. Dezember 2015<sup>110</sup> und besagte, dass der Grundsatz des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts durch die, für integrationsfest erklärten, Schranken der Verfassung begrenzt sei. Zu diesem Verfassungskern gehöre insbesondere die Menschenwürde, Art. 1 GG, und als dessen Ausfluss auch das

---

<sup>105</sup> Böhm, NStZ, 2016, S. 78; Brodowski, JR, 2016, S. 419 ff.

<sup>106</sup> EuGH, Urt. v. 16.11.2010, C-261/09, Mantello – hrr-strafrecht; EuGH, Urt. v. 01.12.2008, C-388/08, Leymann und Pustovarov - jurion; Vogel/Eisele, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 82 AEUV Rn 39.

<sup>107</sup> EuGH, Urt. v. 21.12.2011, C-411/10 und C-493/10 im Zusammenhang mit der VO Nr. 343/2003 (Vollstreckungsentscheidungen bzgl. des europäischen Asylsystems) – curia.

<sup>108</sup> EuGH, Urt. v. 26.02.2013, C399/11, Melloni – hrr-strafrecht.

<sup>109</sup> EuGH, Urt. v. 29.01.2013, C-396/11, Radu – hrr-strafrecht; Böhm, NStZ, 2016, S. 78.

<sup>110</sup> BVerfG, Urt. v. 15.12.2015, Az.: 2 BvR 2735/14 – hrr-strafrecht; Kühne, StV, 2016, S. 299 ff.; Sauer, NJW, 2016, S. 1134 ff.

Schuldprinzip<sup>111</sup>.

Damit entsteht ein Konflikt zwischen der Rechtsprechungslinie des EuGH und des BVerfG. Dies könnte die Schwächung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung zur Folge haben, denn zum einen zeigt die Reaktion des deutschen Gesetzgebers und der deutschen Rechtsprechung, dass eine unbedingte Geltung dieses Grundsatzes nicht gewünscht ist. Zum anderen sollen nationale Verfassungsvorschriften der Anwendung unionsrechtlicher Rechtsakte entgegengesetzt werden können<sup>112</sup>, anstatt einheitliche europäische Mindeststandards zu etablieren<sup>113</sup>. So prüfen nun auch die deutschen Gerichte, ob eine ausländische Entscheidung den „*Kernbereich des Rechts*“<sup>114</sup> verletzt<sup>115</sup>.

Nun nimmt jedoch der EuGH selbst im Rahmen eines EuHb eine Beschränkung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung für den Fall an, dass eine ernsthafte Gefahr unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung besteht, namentlich bei einer menschenunwürdigen Unterbringung in der Haftanstalt<sup>116</sup>. Damit hat der EuGH die Tür für einen europäischen *ordre-public* Vorbehalt geöffnet, der aber die Idee der gegenseitigen Anerkennung konterkariert.

Auch der EGMR geht in seiner Rechtsprechung davon aus, dass die Anwendung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung ausländischer Entscheidungen nicht auf Kosten der

---

<sup>111</sup> BVerfG, Urt. v. 15.12.2015, Az.: 2 BvR 2735/14 – hrr-straftrecht; Kühne, StV, 2016, S. 299 ff.; Sauer, NJW, 2016, S. 1134 ff. Das Schuldprinzip als Ausfluss der Menschenwürde gehört somit zu den wesentlichen Rechtsregeln der deutschen Rechtsordnung, wonach niemand für eine Tat bestraft werden kann, wenn ihn keine Schuld trifft (*nulla poena sine culpa*). Nach Prüfung des subjektiven Tatbestands im Sinne des Vorliegens eines Vorsatzes sowie der Rechtswidrigkeit, ist zu prüfen, ob dem Täter die Tat persönlich zum Vorwurf gemacht werden kann. Die Schuld des Täters bildet sodann die Grundlage für die Strafbegründung und das Strafmaß. Seine gesetzliche Regelung findet das Schuldprinzip in § 46 Abs. 1 S. 1 Strafgesetzbuch, wonach die Schuld des Täters die Grundlage für die Zumessung der Strafe ist. Die §§ 19 ff. Strafgesetzbuch regeln sodann Fälle der Schuldunfähigkeit.

<sup>112</sup> Die Umsetzung in nationales Recht führt zu Renationalisierung anstatt zu Harmonisierung und einheitlicher Integration, s. Delmas-Marty, *L'intégration européenne entre pluralisme, souverainisme et universalisme*, RSC, 2016, S. 449.

<sup>113</sup> EGMR, Urt. v. 17.12.2009, 19359/04 – hrr-straftrecht, entgegen BverfG, Urt. v. 05.02.2004, Az.: 2 BvR 2029/01 – hrr-straftrecht (s.a. Böhm, NStZ, 2016, S. 78); Penkuhn/Brill, JuS, S. 682.

<sup>114</sup> Böhm, NStZ, 2016, S. 79.

<sup>115</sup> OLG Karlsruhe, Beschl. v. 26.05.2017, Az.: Ausl 301 AR 54/17 - juris; OLG Hamm, Beschl. v. 01.12.2015, Az.: III 2 Ausl. 131/15 – juris; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 22.04.2014, Az.: 1 AK 27/14 – openjur.

<sup>116</sup> EuGH, Urt. v. 05.04.2016, C-404/15, Aranyosi/Caldararu – hrr-straftrecht.

Grundrechte der Bürger angewendet werden darf<sup>117</sup>.

Der Blick auf die französische Rechtsprechung ist in diesem Zusammenhang ebenfalls interessant, da auch diese im Rahmen der Vollstreckung eines EuHb eine umfassende Grundrechtsprüfung vornimmt<sup>118</sup>.

Mit Blick auf die Umsetzung der RL, ebenfalls gründend auf dem Grundsatz gegenseitiger Anerkennung, können ähnliche praktische Probleme bei der Vollstreckung einer EEA erwartet werden, wenn ein Mitgliedstaat die Verletzung nationaler Verfassungsvorgaben geltend macht. Zudem hängt die Wirkung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung von der jeweiligen Umsetzung der RL in die nationalen Rechtsordnungen ab.

#### bb) Formblätter/Tatverdacht

Es bestehen praktische Defizite im Rahmen der Vollstreckung eines EuHb, da die Mitgliedstaaten unterschiedliche Anforderungen an die Ausfüllung der Formulare stellen<sup>119</sup>. So besteht die Gefahr, dass Mitgliedstaaten die ausländischen Anordnungen als nicht hinreichend begründet abweisen<sup>120</sup>.

Dies stellt mit Blick auf den Grundsatz gegenseitiger Anerkennung ein Problem dar, denn den Mitgliedstaaten kommt im Prinzip ein nur beschränktes Prüfungsrecht hinsichtlich eines EuHb zu (*numerus clausus* der Versagungsgründe). Sie dürfen mithin nicht das Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen eines Haftbefehls nach nationalem Recht voraussetzen. Dies erweist sich im Falle einer (aus Sicht des Vollstreckungsstaats) unbegründeten ausländischen

---

<sup>117</sup> EGMR, Urt. v. 23.06.2016, Nr. 17502/07, *Avotins c/ Lettland* – hudoc.

<sup>118</sup> Crim., Urt. v. 21.11.2007, Nr. 07-87.499, Bull. crim. Nr. 292 - doctrine; Crim. Urt. v. 26.09.2007, Nr. 07-86.099, Bull. crim. Nr. 229 - courdecassation; Crim., Urt. v. 07.02.2007, Nr. 07-80.162, Bull. crim. Nr. 39 - legimobile.

<sup>119</sup> OLG Karlsruhe, Urt. v. 18.06.2007, Az.: 1 AK 72/06 – jurion; OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.08.2006, Az.: 1 AK 39/06 – openjur; Gréciano, *Critique de la coopération judiciaire internationale et européenne du point de vue allemand*, Gazette du Palais, 2008, Nr. 253, S. 12.

<sup>120</sup> BverfG, Beschl. v. 01.09.2016, Az.: 2 BvR 770/16, BeckRS 2016, S. 51469 – beck-online; OLG Hamm, Beschl. v. 24.03.2015, Az.: III-2 Ausl 59/14, StraFo, DAV, München, 2015, S. 226; Böhm, NStZ, 2016, S. 82; Gréciano, *Critique de la coopération judiciaire internationale et européenne du point de vue allemand*, Gazette du Palais, 2008, Nr. 253, S. 12.

Anordnung als schwierig.

Im Rahmen des EuHb hat sich dazu in Deutschland die Rechtsprechung entwickelt, dass die Prüfung eines hinreichend substantiiert dargelegten Tatverdachts möglich ist, da sonst auch nicht überprüft werden könnte, ob eventuelle Versagungsgründe der Vollstreckung entgegengehalten werden können<sup>121</sup>. Hingegen darf nicht geprüft werden, ob die Tatsachen, die dem EuHb zugrunde liegen, wahr sind<sup>122</sup>. Jedoch wird eine weitere Einschränkung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung vorgenommen, da der Vollstreckungsbehörde eine Plausibilitätsprüfung zuerkannt wird. Sie kann bei einem offensichtlichen Missbrauch oder Fehlens eines Tatverdachts die Vollstreckung versagen<sup>123</sup>.

Die RL sieht erstmals auch Formulare zur Ausstellung einer EEA vor. Es kann sich also ebenfalls die Frage stellen, wie mit unsubstantiierten Entscheidungen umzugehen ist. Ein Rückgriff auf die Rechtsprechung zum EuHb liegt dabei nahe.

cc) Kommunikation zwischen Anordnungs- und Vollstreckungsbehörde

Im Rahmen des EuHb wurde festgestellt, dass die Kommunikation zwischen Anordnungs- und Vollstreckungsbehörde nicht stets von Erfolg gekrönt ist<sup>124</sup>, obwohl diese horizontale Kooperation als wichtige Voraussetzung eines erfolgreichen Auslieferungsverfahrens angesehen wird<sup>125</sup>. Ein Fehlschlagen des Behördenaustausches kann sogar Grund zur Versagung der Vollstreckung eines EuHb sein<sup>126</sup>.

Eine ähnliche Gefahr besteht somit auch für die Vollstreckung einer EEA. Die RL sieht zahlreiche Kommunikationspflichten zwischen der Anordnungs- und Vollstreckungsbehörde vor (bspw. Art. 6 Abs. 3), so dass auch hier der Behördenaustausch eine große Rolle für deren

---

<sup>121</sup> OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.8.2013, Az.: 1 AK 45/13 – 6 Ausl A 74/13 - openjur.

<sup>122</sup> OLG Karlsruhe, Beschl. v. 4.1.2016, Az. 1 AK 64/15, NSiZ-RR, 2015, S. 387.

<sup>123</sup> KG Berlin, Beschl. v. 15.10.2012, Az.: (4) 151 Ausl. A 114/12 (166/12) - openjur.

<sup>124</sup> Roussel/Roux-Demare, Le mandat d'arrêt européen, succès de l'Europe pénale?, Cahiers de la sécurité et de la justice, 2017, Nr. 38, S. 40, s.a. Rapport de la commission au Parlement européen du 27 février 2014 contenant des recommandations à la Commission sur la révision du mandat d'arrêt européen, 2013/2109 (INL).

<sup>125</sup> Roussel, Le mandat d'arrêt européen, Exemple de l'efficacité procédurale européenne, in Roussel/Roux-Demare, L'europeanisation de la justice pénale, Cujas, Paris, 2016, S. 107, 110, 114 ; Wasmeier, ZEuS, 2006, S. 32.

<sup>126</sup> OLG Karlsruhe, Beschl. v. 23.2.2005, Az.: 1 AK 24/04 - openjur.

praktische Umsetzung spielt.

#### dd) Fortfall der beiderseitigen Strafbarkeit

Der Rahmenbeschluss sieht keine Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit<sup>127</sup> mehr vor, wenn dem EuHb eine bestimmte Katalogtat zugrunde liegt. Diesbezüglich wurde stark kritisiert, dass der Straftatenkatalog des Rahmenbeschlusses zu unbestimmt sei<sup>128</sup>. In dem Wegfall der Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit wurde zudem die Gefahr gesehen, dass die Anordnungsbehörden Tatsachen ausdehnen, um eine Katalogtat bejahen und somit von einem eingeschränkten Prüfungsumfang der Vollstreckungsbehörde profitieren zu können. Des Weiteren zeigten sich in der Auslieferungspraxis Kollisionsprobleme mit nationalem Verfassungsrecht<sup>129</sup>. Ebenfalls wurde angemerkt, dass der Wegfall des beiderseitigen Strafbarkeitserfordernisses eine notwendige Harmonisierung der nationalen Rechtsordnung behindere<sup>130</sup>. Ähnliche Kritikpunkte können im Zusammenhang mit der Vollstreckung einer EEA formuliert werden, da die RL erstmals die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit teilweise entfallen lässt (vgl. Art. 11 Abs. 1 g).

#### ee) Verhältnismäßigkeit

Die praktische Anwendung des Rahmenbeschlusses warf des Weiteren das Problem der unverhältnismäßigen EuHb auf<sup>131</sup>. Angesichts des im Prinzip beschränkten Prüfungsumfangs des Vollstreckungsstaates aufgrund des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung stellte sich die

---

<sup>127</sup> Für die verfassungsrechtliche Verankerung des Prinzips der beidseitigen Strafbarkeit s. nur Böse, ZIS, 2010, S. 607, 609 ff.; Schünemann/Roger, ZIS, 2010, S. 515, 519 ff.

<sup>128</sup> Kotzur, in Geiger/Khan/Kotzur, Art. 82 AEUV Rn 6. Dieser Vorwurf gilt auch anderen Rahmenbeschlüssen, beispielsweise dem Rahmenbeschluss zur Bekämpfung organisierter Kriminalität, 2008/841/JI, Amtsbl. Nr. L 300, S. 42; Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht, European Criminal Policy Initiative ([www.crimpol.eu](http://www.crimpol.eu)), ZIS, 2013, S. 412 ff.

<sup>129</sup> Crim., Urt. v. 15.12.2010, Nr. 10-88204 – *legifrance*. S.a. Auslieferung der Aurore Martin von Frankreich nach Spanien (Auslieferung aufgrund Teilnahme an einer nach spanischem, jedoch nicht nach französischem Recht, geltenden terroristischen Gruppe) und Émilie Martin (Versagung der Auslieferung, da Handlungen überwiegend in Frankreich vorgenommen wurden), Crim., Urt. v. 12.05.2010, Nr. 10-82.746, Bull. crim., Nr. 86; Roussel/Roux-Demare, *Le mandat d'arrêt européen, succès de l'Europe pénale?*, Cahiers de la sécurité et de la justice, 2017, Nr. 38, S. 46.

<sup>130</sup> Klip, *European Criminal Law, intersentia*, Cambridge/Antwerpen/Portland, 2016, S. 406, 407.

<sup>131</sup> OLG Celle, Beschl. v. 23.11.2015, Az.: 1 Ausl. 46/14 - *openjur*; OLG Stuttgart, Beschl. v. 25.02.2010, Az.: 1 Ausl. (24) 1246/09, NJW, 2010, S. 1617 („*proportionality check*“); Böse, in Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, Vor § 78 Rn 23 ff. zur allgemeinen unionsrechtlichen Zulässigkeit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung; ders., in Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, RL EEA Rn. 10.

Frage, ob die Vollstreckung dennoch versagt werden kann, wenn ein Haftbefehl für unverhältnismäßig befunden wurde. Sowohl die französische<sup>132</sup>, als auch die deutsche Rechtsprechung<sup>133</sup> bejahten dies.

Eine vergleichbare Schranke des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung könnte somit auch für die Vollstreckung einer EEA eine Rolle spielen<sup>134</sup>, wobei der RL-Text das Problem der unverhältnismäßigen EEAs aufgreift (s. bspw. Artt. 6 Abs. 3, 10 Abs. 3 RL).

#### ff) Rechtsschutz

Der EuHb-Rahmenbeschluss wurde vielfach aufgrund der mangelnden Rechtsschutzmöglichkeiten kritisiert. Im Prinzip gilt, dass das „ob“ der Anordnung eines EuHb nur im Anordnungsstaat, das „wie“ der Vollstreckung nur im Vollstreckungsstaat angefochten werden kann, da diese Entscheidungen gemäß dem nationalen Recht des jeweiligen Entscheidungsträgers getroffen werden. Um dadurch hervorgerufene Rechtsschutzlücken zu vermeiden, sieht die RL vor, dass gegen eine EEA gleichwertige Rechtsbehelfe wie in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall zur Verfügung stehen müssen (s. Art. 14 Abs. 1).

Diese Vorschrift vermag aber schon auf den ersten Blick nicht alle Rechtsschutzlücken zu schließen. So ist zum Beispiel fraglich, ob ein Mitgliedstaat die Vollstreckung versagen kann, wenn gegen die Anordnung im Anordnungsstaat kein Rechtsbehelf zur Verfügung steht, da es schon an einem Rechtsbehelf gegen eine nationale Entscheidung fehlt (s. beispielsweise die Unanfechtbarkeit einer TKÜ-Anordnung in Frankreich, Art. 100 Code de la Procédure Pénale, iF CPP)<sup>135</sup>. Mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH<sup>136</sup> bezüglich des Rahmenbeschlusses

---

<sup>132</sup> Crim., Urt. v. 05.05.2015, Nr. 15-82.108 - legifrance.

<sup>133</sup> OLG Celle, Beschl. v. 23.11.2015, Az.: 1 Ausl. 46/14 - openjur; OLG Stuttgart, Beschl. v. 25.02.2010, Az.: 1 Ausl. (24) 1246/09, NJW, 2010, S. 1617 („*proportionality check*“); Böse, in Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, Vor § 78 Rn 26.

<sup>134</sup> Roumier, Réforme de l'entraide judiciaire en matière pénale: instauration de la décision d'enquête européenne, Droit pénal, 2017, Alerte 1.

<sup>135</sup> OLG Karlsruhe, Beschl. v. 14.03.2016, Az.: 1 AK 109/15, BeckRS, 2016, S. 05817 – beck-online.

<sup>136</sup> EuGH, Urt. v. 30.5.2013, C-168/13 PPU - lexetius.

wird die Vollstreckungsversagung in solchen Fällen wohl zulässig sein<sup>137</sup>.

In dem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass die RL nicht vorsieht, welche Konsequenzen die wirksame Anfechtung einer EEA auf das nationale Strafverfahren hat. Es wird nur besagt, dass die Wirkung einer erfolgreichen Anfechtung nach dem Recht des Anordnungsstaates zu bestimmen ist. Jedoch werden keine einheitlichen Beweisverwertungsregeln oder Mindeststandards, die im Rahmen einer Beweiserhebung zu berücksichtigen sind, statuiert. Dieser Umstand wird von den Literaturansichten stark kritisiert<sup>138</sup>.

Diesen hier überblicksartig dargestellten Anwendungsproblematiken werden sowohl bei der inhaltlichen Auseinandersetzung mit der RL, als auch dem Vergleich deutscher und französischer Ermittlungsmaßnahmen eine besondere Beachtung geschenkt.

#### **4. Der Rahmenbeschluss über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln in der Europäischen Union<sup>139</sup>**

Der Rahmenbeschluss 2003/577/JI des Rates vom 22. Juli 2003 über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln in der Europäischen Union regelt die Anerkennung und Vollstreckung einer ausländischen Sicherstellungsentscheidung auf dem Hoheitsgebiet des angerufenen Mitgliedstaats (s. Art. 1). Unter Sicherstellungsentscheidungen versteht man dabei jede Maßnahme, mit der vorläufig jede Vernichtung, Veränderung, Verbringung, Übertragung oder Veräußerung von Vermögensgegenständen verhindert werden soll, deren Einziehung angeordnet werden oder die ein Beweismittel darstellen könnte (s. Art. 2c). Der Rahmenbeschluss wurde durch den

---

<sup>137</sup> In diesem Sinne auch Generalanwalt Yves Bot, Schlussantr. v. 11.04.2019, Rs C-324/17, Gavanozov, Rn 51 ff.

<sup>138</sup> S. Leblois-Happe, L'entraide répressive internationale depuis le Code d'instruction criminelle, in Jung/Leblois-Happe/Witz, 200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le Bicentenaire du Code d'instruction criminelle, S. 243; Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht, European Criminal Policy Initiative ([www.crimpol.eu](http://www.crimpol.eu)), ZIS, 2013, S. 412 ff.; Schuster, ZIS, 2016, S. 564 ff.; Wasmeier, ZEuS, 2006, S. 32.

<sup>139</sup> Amtsbl. Nr. L 196/45 v. 02.08.2003, S. 45 – 55.

Rahmenbeschluss 2005/212/JI<sup>140</sup> und den Rahmenbeschluss 2006/783/JI<sup>141</sup> ergänzt. Es handelt sich hierbei im Rahmen der sonstigen Rechtshilfe um das erste Rechtsinstrument auf der Grundlage des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung, von dem jedoch aufgrund des eingeschränkten Anwendungsbereichs in der Praxis kaum Gebrauch gemacht wurde<sup>142</sup>.

## **5. Der Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisanordnung**

Der Rahmenbeschluss 2008/978/JI des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Europäische Beweisanordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafsachen<sup>143</sup> ist hier nur der Vollständigkeit halber aufzuzählen. Sein praktischer Anwendungsbereich ist sehr beschränkt<sup>144</sup> und die Mehrheit der Mitgliedstaaten hat ihn nicht umgesetzt<sup>145</sup>, so dass sich der Rechtsakt den Begriff der „Totgeburt“ („*instrument mort-né*“<sup>146</sup>) verdient hat.

## **6. Status quo der Rechtshilfe in Strafsachen vor Inkrafttreten der Richtlinie**

Die oben aufgeführten Rechtsakte (soweit sie in der Praxis eine Rolle gespielt haben) bestimmten bis zum Inkrafttreten der RL den Ablauf der traditionellen Rechtshilfe. Demnach ersuchte die Justizbehörde eines Mitgliedstaates die Justizbehörde eines anderen Mitgliedstaates um die Erhebung und Übermittlung von Beweismitteln auf dessen Hoheitsgebiet zur Durchführung eines Strafverfahrens (s. Art. 4 Übereinkommen 2000). Das Rechtshilfeersuchen musste dabei die Behörde, von der das Ersuchen ausging, den Gegenstand und den Grund des Ersuchens, soweit möglich die Identität und die Staatsangehörigkeit der

---

<sup>140</sup> Rahmenbeschluss 2005/212/JI des Rates v. 24.02.2005 über die Einziehung von Erträgen, Tatwerkzeugen und Vermögensgegenständen aus Straftaten, Amtsbl. Nr. L 68 v. 15.03.2005, S. 49.

<sup>141</sup> Rahmenbeschluss 2006/783/JI des Rates v. 06.10.2006 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Einziehungsentscheidungen, Amtsbl. Nr. L 328 v. 24.11.2006, S. 59.

<sup>142</sup> Erwägungsgrund Nr. 3 der Präambel der RL.

<sup>143</sup> Amtsbl. d. Europäischen Union, Nr. L 350/72 v. 30.12.2008, S. 72 - 92.

<sup>144</sup> Böse, in Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, RL EEA Rn 1; Belfiore, The European Investigation Order in Criminal Matters: Developments in Evidence-gathering across the EU, European Criminal Law Review, Nomos, Baden-Baden, 2015, S. 312 ff.; Lach, Transnational Gathering of Evidence in Criminal Cases in the EU de lege lata and de lege ferenda, eucrim, Freiburg, 2009, S. 107 – mpicc.de.

<sup>145</sup> Ahlbrecht, in Ahlbrecht/Böhm/Esser/Eckelmanns, Internationales Strafrecht, S. 484; Rackow, in Prävention und Repression im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, S. 117, 118.

<sup>146</sup> Lelieur, La décision d'enquête européenne, nouvel instrument d'entraide judiciaire pour la mise en état des affaires pénales, Cahiers de la sécurité et de la justice, 2016, S. 70.



Person, gegen die sich das Verfahren richtete sowie die strafbare Handlung bezeichnen und den zugrundeliegenden Sachverhalt kurz darstellen (s. Art. 14 Übereinkommen 1959).

Die Justizbehörden des ersuchten Mitgliedstaats überprüften sodann, ob die rechtlichen Voraussetzungen der Rechtshilfe vorlagen. Der Prüfungsumfang erstreckte sich dabei auf die formellen, sowie materiellen Voraussetzungen der erbetenen Ermittlungsmaßnahme. Insbesondere musste die, dem Ersuchen zugrunde liegende Straftat, in dem ersuchten Mitgliedstaat unter Strafe stehen (Prinzip der beiderseitigen Strafbarkeit). Einer zusätzlichen exekutiven Bewilligungsentscheidung bedurfte es seit dem Übereinkommen 2000 hingegen nicht mehr. Es bestand jedoch kein Zwang zur Vollstreckung des Ersuchens; das „ob“ der Vollstreckung lag gänzlich im Ermessen des ersuchten Staates. Die Übereinkommen sprechen lediglich von einer Vollstreckung „so weit wie möglich“ (s. Art. 1 Abs. 1 Übereinkommen 1959), beziehungsweise „so rasch wie möglich“ (s. Art. 4 Abs. 2 Übereinkommen 2000).

Im Falle der Rechtshilfebewilligung wurde diese sodann gemäß dem Recht des ersuchten Staates erledigt, s. Art. 3 Abs. 1 Übereinkommen 1959<sup>147</sup>, wobei der ersuchende Mitgliedstaat um die Einhaltung von Form- und Verfahrensvorschriften bitten konnte, s. Art. 4 Abs. 1 Übereinkommen 2000. Eine Verpflichtung zur Einhaltung dieser Verfahrensvorschriften bestand für den vollstreckenden Staat jedoch nicht. Nach Durchführung der Maßnahme wurden die erhobenen Beweismittel, Schriftstücke und Akten an die ersuchende Justizbehörde übermittelt. Fristen für die Vollstreckung oder Übermittlung der Beweismittel sahen die Übereinkommen nicht vor.

## **7. Unionsrechtliche Reformideen und -initiativen**

Das oben beschriebene Rechtshilfesystem wurde aufgrund der Vielzahl der sie regelnden Rechtsakte als unübersichtlich befunden. Zudem wurde festgestellt, dass die nationalen Behörden von dieser traditionellen Rechtshilfe nur wenig Gebrauch machen. Der Wille diese Missstände zu beheben, spiegelt sich in zwei Initiativen auf europäischer Ebene wieder: dem

---

<sup>147</sup> Gless, Les perspectives de l'espace judiciaire européen en matière de recherche et d'utilisation des preuves situées à l'étranger, in Jault-Seseke/Lelieur/Pigache, L'espace judiciaire européen civil et pénal, Regards croisés, Dalloz, Paris, 2009, S. 156.

Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften von 2009 und dem Stockholmer Programm von 2010.

a) Das Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften<sup>148</sup>

Am 11. November 2009 beschloss die Kommission der Europäischen Gemeinschaften ein Grünbuch zur Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat. Es enthält Vorschläge zur Verbesserung des unionsrechtlichen Beweistransfers, um das in Art. 82 AEUV primärrechtlich gesetzte Ziel, einen Raum der Sicherheit, der Freiheit und des Rechts zu schaffen, weiter zu verwirklichen.

An dem bestehenden System wurde kritisiert, dass es sowohl Elemente traditioneller Rechtshilfe enthält (s. Übereinkommen von 1959 und 2000), als auch auf dem Grundsatz gegenseitiger Anerkennung fußt (s. Rahmenbeschluss 2003/577/JI). Der „*Schlüssel zu erfolgreichen strafrechtlichen Ermittlungen und Verfahren in der EU*“<sup>149</sup> wurde dabei in der Stärkung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung gesehen<sup>150</sup>. Des Weiteren wurde vorgeschlagen ein einheitliches Rechtshilfeinstrument einzuführen und die bestehenden Regeln zu verallgemeinern, so dass für alle Ermittlungsmaßnahmen die gleichen Grundsätze gelten<sup>151</sup>. Für Untersuchungsmaßnahmen, die keine Zwangsmaßnahmen darstellen, sollten den Mitgliedstaaten darüber hinaus keine Versagungsgründe zur Verfügung stehen<sup>152</sup>. Man sprach sich ebenfalls für die Einführung von Formularen, Fristen, sowie Kommunikationspflichten aus.

Das Grünbuch regt zudem die Harmonisierung nationaler Strafrechtsordnungen zur Schaffung einheitlicher prozessualer Mindeststandards an, damit ein Beweismittel auf dem gesamten Unionsgebiet als verwertbar gilt<sup>153</sup>.

---

<sup>148</sup> KOM(2009) 624, Ratsdokument 17691/09.

<sup>149</sup> S. 2 des Grünbuchs der Kommission der Europäischen Gemeinschaften.

<sup>150</sup> S. 5 des Grünbuchs der Kommission der Europäischen Gemeinschaften.

<sup>151</sup> S. 5 des Grünbuchs der Kommission der Europäischen Gemeinschaften.

<sup>152</sup> S. 5, 6 des Grünbuchs der Kommission der Europäischen Gemeinschaften.

<sup>153</sup> S. 5 des Grünbuchs der Kommission der Europäischen Gemeinschaften. Dies ist auch aus Sicht von Praktikern wünschenswert, vgl. Gless, Les perspectives de l'espace judiciaire européen en matière de recherche et d'utilisation

## b) Das Stockholmer Programm des Europäischen Rates

Ebenso enthält das Stockholmer Programm – Ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger – des Europäischen Rates vom 4. Mai 2010<sup>154</sup> Vorschläge zur Gestaltung eines Raums der Sicherheit, der Freiheit und des Rechts iSv Art. 82 AEUV. In diesem Programm wurde ebenfalls der Wunsch geäußert, ein einheitliches Rechtshilfeinstrument, basierend auf dem Grundsatz gegenseitiger Anerkennung, zu schaffen. Wesentlicher Kritikpunkt an dem bisherigen System war dessen mangelnde Effizienz. Um diesen Missstand zu beheben wurden unter Punkt 3 (Rechtshilfe) einige Kriterien genannt, die bei einer Reform beachtet werden sollten:

- Benutzerfreundlichkeit der Rechtsinstrumente durch Einführung von Fristen-, sowie Übersetzungsregeln, s. Punkt 3.1.1.;
- Maßnahmen zur Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, s. Punkt 3.1.1.;
- Stärkung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung, s. Punkt 3.1.1.;
- Schaffung eines gegenseitigen Vertrauens als Grundlage des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung mithilfe von Flugblättern, Fortbildungen, Handbüchern, etc., s. Punkt 3.2.5.;
- Harmonisierung der materiellen, sowie prozessualen Strafrechtsordnungen, s. Punkt 3.3.

## **II. Die Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung**

In diesem historischen Kontext wurde am 3. April 2014 die RL 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen erlassen. Die RL geht auf eine Initiative der Länder Belgien, Bulgarien, Estland, Spanien, Österreich, Slowenien und Schweden zurück<sup>155</sup>, deren endgültige Fassung aber erst

---

des preuves situées à l'étranger, in Jault-Seseke/Lelieur/Pigache, L'espace judiciaire européen civil et pénal, Regards croisés, Dalloz, Paris, 2009, S. 157; dies., NStZ, 2007, S. 247; Schierholt, ZIS, 2010, S. 567.

<sup>154</sup> Amtsbl. Nr. C 115/1 v. 04.05.2010.

<sup>155</sup> Ursprungsfassung der RL-Initiative: Amtsbl. Nr. C165 v. 24.6.2010, S. 22 f.

nach langen, vier-jährigen Verhandlungen<sup>156</sup> am 27. Februar 2014 durch das Parlament<sup>157</sup> und am 14. März 2014 durch den Rat<sup>158</sup> in der nunmehr vorliegenden Fassung angenommen werden konnte<sup>159</sup>. Die Präambel der Richtlinie führt die wesentlichen Kritikpunkte an dem bestehenden Rechtshilfesystem auf. Zusammenfassend wird darin das derzeit bestehende Rechtshilfesystem als „zu fragmentiert und zu kompliziert“<sup>160</sup> empfunden, so dass ein neuer Ansatz erforderlich war.

## 1. Konzept und Systematik der Richtlinie

Die RL stellt ein Gesamtkonzept<sup>161</sup>, mit dem Ziel das Verfahren der sonstigen Rechtshilfe in der Union umfassend zu regeln, dar. Sie basiert auf dem Grundsatz gegenseitiger Anerkennung, s. Art. 1 Abs. 2. Das Kernstück ist dabei die EEA, die allein zur Anordnung einer Ermittlungsmaßnahme genutzt werden soll<sup>162</sup> und deren Legaldefinition sich wie schon oben gesehen in Art. 1 Abs. 1 findet.

Der Anwendungsbereich der EEA wird sodann in Art. 4 RL definiert. So kann eine EEA in Bezug auf Strafverfahren, die eine Justizbehörde wegen einer nach dem nationalen Recht des Anordnungsstaates strafbaren Handlung eingeleitet hat oder mit denen sie befasst werden kann, erlassen werden, s. Art. 4 a) RL. Sie kann jedoch ebenso bei Verfahren, die Verwaltungs- oder Justizbehörden wegen Handlungen eingeleitet haben, die nach dem nationalen Recht des Anordnungsstaates als Zuwiderhandlungen gegen Rechtsvorschriften geahndet werden können, sofern gegen die Entscheidung ein insbesondere in Strafsachen zuständiges Gericht angerufen werden kann, erlassen werden, s. Art. 4 b), c) RL. Diese Erweiterung des sachlichen

---

<sup>156</sup> Die historische Entwicklung der RL-Initiative hin zu der endgültigen RL-Fassung kann bei Böse, in Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, RL EEA Rn 2 nachvollzogen werden.

<sup>157</sup> Rats-Dok. 7736/14, siehe noch zu den Änderungen/Anmerkungen des Europäischen Parlaments – Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres - vom 20.12.2013, Plenarsitzungsdokument A7-0477/2014 v. 20.12.2013.

<sup>158</sup> Rats-Dok. 7788/14, siehe noch Allgemeine Ausrichtung des Rates, Rats-Dok. 18918/11.

<sup>159</sup> Böse, ZIS, 2014, S. 152

<sup>160</sup> Erwägungsgrund Nr. 5 der Präambel der RL.

<sup>161</sup> Erwägungsgrund Nr. 6 der Präambel der RL.

<sup>162</sup> Art. 3 RL mit Ausnahme der Maßnahmen im Rahmen einer gemeinsamen Ermittlungsgruppe und im Falle von grenzüberschreitenden Beobachtungen: es handelt sich hierbei um ein Spezialfeld, da in diesen beiden Fällen ohnehin schon eine enge Kooperation zwischen den Behörden verschiedener Mitgliedstaaten besteht und flexible Regelungen erforderlich sind.

Anwendungsbereichs der RL betreffe laut Rundbrief des französischen Justizministers<sup>163</sup> vor allem Deutschland und dessen Ordnungswidrigkeitenrecht. In Frankreich sei es hingegen nicht denkbar, dass eine Verwaltungsbehörde eine EEA zur Feststellung einer solchen Zuwiderhandlung ausstellt<sup>164</sup>.

Hinsichtlich des Aufbaus orientiert sich die RL stark an dem Rahmenbeschluss zum EuHb. So wird der RL zunächst ein Allgemeiner Teil vorangestellt (Artt. 1 – 21). Dieser enthält Legaldefinitionen, bestimmt den Anwendungsbereich der RL, definiert formelle, sowie materielle Voraussetzungen einer EEA und sieht Vorschriften bezüglich ihrer Übermittlung, Anerkennung und Vollstreckung vor. Sodann schließt sich ein Besonderer Teil an, der Regelungen für spezifische Ermittlungsmaßnahmen, wie die zeitweilige Überstellung von inhaftierten Personen oder die Vernehmungen per Video- oder Telefonkonferenz, enthält (Artt. 22 ff.). Das bis dahin geltende Rechtssystem, sowie die hierzu erlassenen, fragmentarischen Rechtsakte werden von der RL vollständig ersetzt, vgl. Art. 34 RL.

Damit kann auf den ersten Blick festgehalten werden, dass dem Ruf nach der Einführung eines einzigen Rechtsinstruments, basierend auf dem Grundsatz gegenseitiger Anerkennung, sowie einer einheitlichen Regelung der Rechtshilfe Rechnung getragen wurde. Jedoch wurde die Einführung der RL nicht von allen Mitgliedstaaten befürwortet. Im Rahmen einer Befragung durch die Kommission sprachen sich einige Staaten sogar entschieden gegen sie aus, da darin kein Vorteil im Vergleich zur traditionellen Rechtshilfe gesehen wurde<sup>165</sup>. Auch in der Literatur wurde von einem „*Paradigmenwechsel*“ ohne große praktische Bedeutung gesprochen<sup>166</sup>. Es wird im Folgenden somit zu prüfen sein, ob die RL inhaltlich überzeugen kann. Dabei gilt es zu beachten, dass zum einen aus den Fehlern des EuHb gelernt werden konnte, zum anderen zum Zeitpunkt des Erlasses der RL schon eine Studie hinsichtlich der Defizite der

---

<sup>163</sup> Circulaire du 16 mai 2017 présentant les dispositions de l'ordonnance n°2016-1636 du 1<sup>er</sup> décembre 2016 et du décret n°2017-511 du 7 avril 2017, portant transposition de la directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 relative à la décision d'enquête européenne en matière pénale, BOMJ n°2017-06 v. 30. Juni 2017.

<sup>164</sup> Ebenda, S. 3.

<sup>165</sup> [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0004/national\\_governments/germany\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0004/national_governments/germany_de.pdf) (Stand 23.11.2016).

<sup>166</sup> Schierholt, ZIS, 2010, S. 567.

Rechtshilfepraxis vorlag<sup>167</sup> und auch in der Zwischenzeit, vor Ablauf der Umsetzungsfrist, neue empirische Erhebungen durchgeführt worden sind<sup>168</sup>. Außerdem wurden erste Mindeststandards in das Strafverfahren eingeführt<sup>169</sup>.

## 2. Ermächtigungsgrundlage

Der europäische Gesetzgeber hat wie schon weiter oben gesehen die RL auf Art. 82 Abs. 1 UA 2 a) AEUV gestützt<sup>170</sup>. Die Organe sind demnach berechtigt Maßnahmen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren zu erlassen, um Regeln und Verfahren festzulegen, mit denen die Anerkennung aller Arten von Urteilen und gerichtlichen Entscheidungen in der gesamten Union sichergestellt wird<sup>171</sup>. Die Maßnahmen müssen dem primärrechtlichen Zweck der Schaffung eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in dem die Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität gewährleistet ist (Art. 3 Abs. 2 EUV), dienen.

Darüber hinaus ermächtigt Art. 82 Abs. 1 UA 1, Abs. 2 AEUV die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen durch eine Angleichung der nationalen Strafverfahrensordnungen voranzutreiben<sup>172</sup>. Demnach können Richtlinien mit Mindestvorschriften hinsichtlich der Zulässigkeit von Beweismitteln (Art. 82 Abs. 2 a) AEUV), der Rechte des Einzelnen im Strafverfahren (Art. 82 Abs. 2 b) AEUV)<sup>173</sup>, der Rechte der Opfer von Straftaten

---

<sup>167</sup> Wade, EurNEEDs – Evaluating the need for and the needs of a European Criminal Justice System, Januar 2011, [https://www.mpicc.de/files/pdf1/euroneeds\\_report\\_jan\\_2011.pdf](https://www.mpicc.de/files/pdf1/euroneeds_report_jan_2011.pdf) (Stand 11.08.2017).

<sup>168</sup> Arnold, Grenzüberschreitende Strafverteidigung in Europa – Praktische Erfahrungen und theoretische Überlegungen anhand von Interviews mit Strafverteidigerinnen und Strafverteidigern, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2015.

<sup>169</sup> S. Richtlinie 2012/13/EU vom 22.05.2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren, Amtsbl. Nr. L/142 v. 01.06.2012, S. 1 ff.; Richtlinie 2010/64/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.10.2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren, Amtsbl. Nr. L 280/1 v. 26.10.2010, S. 1 ff.; Brodowski, ZIS, 2015, S. 93.

<sup>170</sup> Erwägungsgründe Nr. 1, 2 der Präambel der RL.

<sup>171</sup> Ambos, Internationales Strafrecht, S. 608; Jähnke/Schramm, Europäisches Strafrecht, S. 47, 48.

<sup>172</sup> Vogel/Eisele, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 82 AEUV Rn 46.

<sup>173</sup> Auf dieser Grundlage wurde schon ein Fahrplan zur zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen und Beschuldigten (Entschließung des Rates, 2009/C 295/01, Amtsbl. Nr. C 295 v. 04.12.2009, S. 1 ff.) sowie etliche Richtlinien (z.B. Richtlinie 2013/48 EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs,

(Art. 82 Abs. 2 c) AEUV) sowie sonstiger spezifische Aspekte des Strafverfahrens (Art. 82 Abs. 2 d) AEUV) erlassen werden. Auf Art. 82 Abs. 2 a) AEUV können mithin auch Maßnahmen gestützt werden, die der Rechtsangleichung in den Bereichen der Erhebung und Verwertung von Auslandsbeweisen dienen, soweit diese zur Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen und der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen mit grenzüberschreitender Dimension erforderlich sind<sup>174</sup>. Im Umkehrschluss bedeutet dies jedoch auch, dass die Harmonisierung der nationalen Strafprozessordnung als Voraussetzung einer effektiven Durchsetzung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung anerkannt wird<sup>175</sup>.

Die RL enthält jedoch keine Harmonisierungsinitiative bezüglich der Erhebung oder Verwertung von Beweismitteln.

### **3. Traditionelle Rechtshilfe, Grundsatz gegenseitiger Anerkennung, Harmonisierung**

Bevor genauer auf den Inhalt der RL eingegangen wird, ist näher auf die Einführung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung in die sonstige Rechtshilfe einzugehen. Zwar besagt Art. 1 RL, dass sich der Rechtsakt auf diesen Grundsatz stützt, jedoch verschreibt er sich auf einen zweiten Blick nicht vollständig diesem Prinzip. So heißt es schon in Erwägungsgrund Nr. 6 der Präambel der RL: *„(...) bedurfte es eines neuen Ansatzes, der auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung beruht, aber auch der Flexibilität des traditionellen Systems der Rechtshilfe Rechnung trägt“*. Zudem enthält die RL keine Harmonisierungstendenzen, obwohl diese, wie soeben gesehen, zur Umsetzung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung erforderlich sein können. Um die Bedeutung dieser drei Konzepte der traditionellen Rechtshilfe, des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung sowie der Harmonisierung für die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen auf Unionsebene zu verstehen, sind diese vorab zu

---

Amtsbl. Nr. L 294 v. 06.11.2013, S. 1-12) erlassen. Für einen historischen Überblick über diese Entwicklung in Bezug auf Beschuldigtenrechte, s. Esser, in FS für Jürgen Wolter, S. 1335 ff.

<sup>174</sup> Satzger, Internationales und europäisches Strafrecht, S. 197.

<sup>175</sup> Beulke, Strafprozessrecht, Rn 10a; Öberg, Limits to EU Powers, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017, S. 4.

definieren.

#### a) Traditionelle Rechtshilfe

Im Sinne der traditionellen Rechtshilfe liegt die Bewilligung eines ausländischen Rechtshilfeersuchens gänzlich im Ermessen des ersuchten Staates. Es besteht insbesondere keine Vollstreckungspflicht<sup>176</sup>. Wird dem Ersuchen entsprochen, wird es nach dem Recht des ersuchten Staates vollstreckt. Der ersuchende Staat prüft sodann anhand seines nationalen Strafprozessrechts, ob das im Ausland erhobene Beweismittel in dem eigenen Verfahren verwertet werden kann<sup>177</sup>. Das Übereinkommen 1959 kann als Beispiel eines traditionellen Rechtshilfesystems genannt werden. Dieses Rechtshilfemodell schützt die nationalen Souveränitätsinteressen der Mitgliedstaaten in weitem Maße, da sie im Grunde nach Belieben eine Rechtshilfeleistung für einen ausländischen Staat verweigern können. Der Nachteil liegt in der damit einhergehenden Rechtsunsicherheit und der eingeschränkten Möglichkeit grenzüberschreitende Kriminalitätsformen wirksam zu bekämpfen.

#### b) Grundsatz gegenseitiger Anerkennung<sup>178</sup>

Der Grundsatz gegenseitiger Anerkennung verpflichtet die Staaten gerichtliche Entscheidungen (und damit auch gerichtliche Anordnungen zur Vornahme einer Beweiserhebung in Form der EEA) eines anderen Staates anzuerkennen und zu vollstrecken<sup>179</sup>, ohne dass diese am Maßstab

---

<sup>176</sup> Ambos, ZIS, 2010, S. 557.

<sup>177</sup> Crim., Ur. v. 16.02.2010, Nr. 09-88.273, Bull. crim. Nr. 29 – lexis; Crim., Ur. v. 03.06.2003, Nr. 02-87.484; Crim., Ur. v. 24.06.1997, Nr. 96-85581, Bull. crim. Nr. 252 - legifrance.

<sup>178</sup> Die historische Entwicklung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung, dessen Natur und Funktionsvoraussetzung sowie dessen Einbettung in das unionsrechtliche Ziel der Schaffung eines Raums der Sicherheit, der Freiheit und des Rechts sind umfassende Themen, die hier nur in der gebotenen Kürze dargestellt werden können. Die Literatur ist reich an Werken, die sich mit dieser Thematik befassen. Es kann unter anderem auf folgende Werke verwiesen werden: Delmas-Marty/Pieth/Sieber, Harmonising criminal law, Société de législation comparée, Paris, 2008; Flore, Droit pénal européen: Les enjeux d'une justice pénale européenne, Larcier, Bruxelles, 2014, Rn 16; de Kerchove/Weyembergh, Quelles réformes pour l'espace pénal européen?, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2003; dieselben: L'espace pénal européen: enjeux et perspectives, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002; dieselben: La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2001; dieselben: Vers un espace judiciaire pénal européen = Towards a European Judicial Criminal Area, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2000; Weyembergh, L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2004.

<sup>179</sup> EuGH, Ur. v 16.11.2010, C-261/09, Mantello – hrr-straftrecht; Kotzur, in Geiger/Khan/Kotzur, Art. 82 Rn 4; Böse, HRRS, 2012, S. 21.



des eigenen nationalen Rechts überprüft werden<sup>180</sup>. Dabei lässt der Grundsatz gegenseitiger Anerkennung die Tatsache unberührt, dass die Vollstreckung der Maßnahme grundsätzlich nach dem Recht des Vollstreckungsstaats abläuft (der Grundsatz des „locus regit actum“ bleibt unberührt). Welche rechtliche Bedeutung dem so erhobenen Beweismittel zukommt, wird ebenfalls nicht von dem Grundsatz gegenseitiger Anerkennung beantwortet<sup>181</sup>.

Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, der zunächst im Zusammenhang mit der Warenverkehrsfreiheit entwickelt wurde<sup>182</sup>, wurde von dem Europäischen Rat von Tampere im

---

<sup>180</sup> Esser, Europäisches und internationales Strafrecht, S. 106; Safferling, Internationales Strafrecht, S. 497; Roussel, Le mandat d'arrêt européen, Exemple de l'efficacité procédurale européenne, in Roussel/Roux-Demare, L'européanisation de la justice pénale, Cujas, Paris, 2016, S. 107, 110, 114.

<sup>181</sup> Für die sonstige Rechtshilfe bedeutet dies: Der Beweiswert eines im Ausland durch die Vollstreckung einer EEA erhobenen Beweises kann nicht mithilfe des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung ermittelt werden. Der Anordnungsstaat ist nicht automatisch verpflichtet einen Beweis, der im Ausland erhoben wurde, als in dem eigenen nationalen Verfahren für verwertbar zu erklären. Die Beweiserhebung stellt keine gerichtliche Entscheidung, sondern vielmehr einen Realakt dar, so dass sie nicht dem Anwendungsbereich des Grundsatzes unterfällt und dementsprechend keine Anerkennungsverpflichtung besteht. So sieht auch Art. 2 d) RL nicht vor, dass die Vollstreckungsbehörde einer EEA eine gerichtliche Institution sein oder von einer solchen validiert werden muss (anders als im Rahmen der Anordnungsbehörde, die die EEA gerade als gerichtliche Entscheidung fällen soll, so dass sie dem Grundsatz gegenseitiger Anerkennung unterfällt, s. Art. 2 c) RL). Art. 2 d) RL weist lediglich darauf hin, dass die Anerkennung und Vollstreckung einer EEA im Vollstreckungsstaat gegebenenfalls von einer gerichtlichen Genehmigung abhängen kann, soweit das nationale Recht dies vorsieht. Der Akt der Beweiserhebung ist jedoch nicht gerichtlicher Natur. Zu diesem Themenkomplex s. ausführlich Claverie-Roussel, The admissibility of evidence in criminal proceedings between European Union Member States, European Criminal Law Review, Nomos, Baden-Baden, 2013, S. 152 ff.

<sup>182</sup> Kotzur, in Geiger/Khan/Kotzur, Art. 82 Rn 4. Der Grundsatz wurde zunächst im Recht des Warenverkehrs entwickelt, um legal in den Verkehr gelangte Waren in allen Mitgliedstaaten für verkehrsfähig befinden zu können (Esser, Europäisches und internationales Strafrecht, S. 106). Für die Strafrechtspflege wurde er aufgrund der Schwierigkeiten, die mit einer Harmonisierung der nationalen strafrechtlichen Regelungen einhergingen, erstmals in dem von einer Arbeitsgruppe von Strafrechtsprofessoren verschiedener Mitgliedstaaten erarbeiteten „Corpus Juris“ vorgeschlagen und sodann auch von dem Rat als künftiger Eckpfeiler für grenzüberschreitende Strafverfahren in der EU erklärt worden, s. Delmas-Marty, Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union, Carl Heymann Verlag, Köln, 1998, s. ausführlich zu der historischen Entwicklung nur Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht, European Criminal Policy Initiative (www.crimpol.eu), ZIS, 2013, S. 419; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 19 ff. Die Einführung eines Grundsatzes, der die Warenverkehrsfreiheit betrifft, in das Strafrecht wird in der Literatur jedoch kritisiert. So könne *„ein Beweismittel (...) nicht einfach mit einem Wirtschaftsprodukt gleichgesetzt werden, das in allen Mitgliedstaaten „Verkehrsfähigkeit“ beanspruchen kann“*. Die Warenverkehrsfreiheit diene der Errichtung wirtschaftlicher Freiheit, strafrechtliche Beweiserhebungen hingegen bedeuten eine Beschränkung der Freiheiten der Bürger. Der „Import“ von Beweismitteln berührt somit in elementarer Weise die Rechte des Beschuldigten, die in den mitgliedstaatlichen Strafverfahrensordnungen höchst unterschiedlich ausgestaltet sind. Zwar gewährleisteten europäische Initiativen und die Rechtsprechung des EGMR und des EuGH durch die dort garantierten Verfahrensprinzipien einen gewissen Grundrechtsstandard, wobei diese aber nur Mindestrechte garantieren und die nationale Rechtsordnungen auch in ihrer Komplexität und Gesamtkonzeption höchst unterschiedlich ausgestaltet sein können. Dieser jeweils national vorgesehene Schutz kann durch eine Beweismittelverkehrsfreiheit beschränkt werden, s. Ambos, Internationales Strafrecht, S. 440, 441, 657; Böse,

Jahr 1999 auch als „Eckpfeiler der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen“ genannt<sup>183</sup>. Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung wurde sodann sowohl im Rahmen des Haager Programms im Jahre 2004, als auch im Stockholmer Programm im Jahre 2009 seitens des Europäischen Rates bekräftigt. Laut des Europäischen Parlaments handelt es sich heute um ein „Schlüsselkonzept“<sup>184</sup> für den europäischen Rechtsraum.

In seiner Reinform würde der Grundsatz jedoch einen starken Eingriff in die Souveränität der Mitgliedstaaten darstellen (so wäre ein Staat stets verpflichtet eine ausländische Entscheidung anzuerkennen und zu vollstrecken, obwohl die Maßnahme gegebenenfalls im Widerspruch zu der eigenen nationalen Rechtsordnung stünde, gegebenenfalls sogar mit wesentlichen Grundprinzipien seiner Verfassung kollidiere).

So sieht auch die RL keine automatische Anerkennung vor, sondern belässt den Mitgliedstaaten einen Katalog mit Versagungsgründen in Bezug auf die Anerkennung und Vollstreckung einer EEA. Im Gegensatz zu der Logik der traditionellen Rechtshilfe ist der Katalog aber stark beschränkt und abschließend<sup>185</sup>.

Diese Auflockerung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung ist erforderlich, um Kollisionen zwischen den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zu verhindern. Solche Kollisionen sind möglich, wenn die nationalen Strafprozessordnungen unterschiedlich ausgestaltet sind.

Somit kann festgehalten werden, dass der Grundsatz gegenseitiger Anerkennung keine Harmonisierung der nationalen Verfahrensordnung bezweckt. Im Gegenteil ist erst dann auf ihn zurückzugreifen, wenn die ausländischen Rechtsordnungen divergieren und es diese

---

Europäisches Strafrecht, S. 678; Hecker, Europäisches Strafrecht, S. 452; Safferling, Internationales Strafrecht, S. 497; Rackow, in Prävention und Repression im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, S. 118, 119.

<sup>183</sup> Hecker, Europäisches Strafrecht, S. 446.

<sup>184</sup> [http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/de/displayFtu.html?ftuId=FTU\\_4.2.6.html](http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/de/displayFtu.html?ftuId=FTU_4.2.6.html) (Stand 18.03.2018).

<sup>185</sup> Roux-Demare spricht von einer sog. "*reconnaissance mutuelle indirecte*", einer indirekten gegenseitigen Anerkennung, im Gegensatz zu einer umfassenden und direkten Anerkennung, "*reconnaissance mutuelle pleine et directe*", in De l'entraide pénale à l'Europe pénale, Dalloz, Paris, 2014, S. 246. Auch das Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht spricht sich für eine beschränkte Anerkennung aus, s. European Criminal Policy Initiative (www.crimpol.eu), ZIS, 2013, S. 412 ff. Nur so könne die „Ausgewogenheit des europäischen Strafverfahrens“ (S. 412) gewährleistet werden.

Unterschiede durch eine allgemeine Anerkennungspflicht zu überbrücken gilt<sup>186</sup>. Einer solchen Überbrückung bedarf es, da die nationalen rechtlichen Unterschiede nicht ohne weiteres und auf die Schnelle ausgeglichen werden können. Dazu bedarf es vielmehr in rechtlicher Hinsicht der Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen mithilfe von europäischen Initiativen (vgl. Art. 82 Abs. 1 AEUV). Die Einigung auf solche Maßnahmen, ihre Durchsetzung und Umsetzung in die nationalen Rechtsordnungen bedarf jedoch häufig eines erheblichen Zeitaufwandes<sup>187</sup>.

Dies wird auch für das Strafverfahren deutlich, da hinsichtlich des „Ob“ der Anordnung einer Ermittlungsmaßnahme und des „Wie“ der Beweiserhebung nur wenige Harmonisierungsinitiativen durchgeführt wurden<sup>188</sup>. Andererseits erfordert die Bekämpfung der transnationalen Kriminalität eines funktionierenden unionsrechtlichen Beweismitteltransfers zwischen den Mitgliedstaaten, so dass für die RL die Wahl auf den Grundsatz gegenseitiger Anerkennung gefallen ist<sup>189</sup>.

Die so bestehende (beschränkte) Vollstreckungspflicht einer ausländischen Entscheidung ohne besondere inhaltliche Überprüfung wird aber vernünftigerweise von den Mitgliedstaaten nur dann akzeptiert, wenn davon ausgegangen werden kann, dass die ausländische Entscheidung

---

<sup>186</sup> [http://www.europarl.europa.eu/brussels/website/media/modul\\_05/Zusatzthemen/Pdf/Prinzip\\_Anerkennung.pdf](http://www.europarl.europa.eu/brussels/website/media/modul_05/Zusatzthemen/Pdf/Prinzip_Anerkennung.pdf) (Stand 08.11.2016).

<sup>187</sup> Satzger, in Wege zum Europäischen Recht, S. 59 mit Beispielen; Weyembergh, in La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2001, S. 54.

<sup>188</sup> Es können jedoch erste Bestrebungen erkannt werden, wenn es um die Anerkennung von bestimmten allgemeinen Verfahrensrechten im Rahmen eines Strafverfahrens geht, die Einfluss auch auf das Ermittlungsverfahren und das Beweiserhebungsverfahren haben können, s. nur Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates über bestimmte Verfahrensrechte im Strafverfahren innerhalb der Europäischen Union, KOM(2004) 328 v. 27.04.2004 und Richtlinie 2010/64/EU v. 20.10.2010 (bzgl. des Rechts auf Dolmetscherleistungen im Rahmen eines Strafverfahrens), Richtlinie 2012/13/EU v. 22.05.2012 (bzgl. der Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren); Richtlinie 2013/48/EU v. 22.10.2013 (u.a. Recht auf einen Verteidiger im Rahmen eines Strafverfahrens); Richtlinie 2016/343 v. 09.03.2016 (zur Stärkung der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafsachen); Richtlinie 2016/1919 v. 26.10.2016 (bzgl. u.a. Prozesskostenhilfe für Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren); Hecker, Europäisches Strafrecht, S. 446, 447; Manifests zum Europäischen Strafverfahrensrecht der European Criminal Policy Initiative, ZIS, 2013, S. 422.

<sup>189</sup> Will man auch die Art und Weise der nationalen Vollstreckungsregelungen angleichen, müssen entweder Harmonisierungsinitiativen zur Angleichung der nationalen Strafprozessordnungen vorgenommen oder eine einheitliche, unionsrechtliche Strafprozess- bzw. Beweiserhebungsordnung geschaffen werden, s.a. Bot, Table ronde vers une procédure pénale européenne. Faut-il un code de procédure pénale européen ?, RIDP, 2011, S. 153.

hinsichtlich ihrer formellen und materiellen Voraussetzungen mit den Kriterien einer nationalen Entscheidung vergleichbar ist<sup>190</sup>. Es bedarf mithin eines Vertrauens der Mitgliedstaaten in die Rechtmäßigkeit der ausländischen Strafprozessordnungen<sup>191</sup>. So sieht auch der EuGH „*ein gegenseitiges Vertrauen der Mitgliedstaaten in ihre jeweiligen Strafjustizsysteme (...)*“ als Voraussetzung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung<sup>192</sup>.

Ein solches Vertrauen entsteht<sup>193</sup> aber erst, wenn die Mitgliedstaaten in den ausländischen Strafprozessordnungen die Einhaltung von gemeinsamen Grundprinzipien erkennen<sup>194</sup>, sich die Rechtsordnungen mithin schon in gewissen Punkten angeglichen haben<sup>195</sup>. Es kann somit festgestellt werden, dass die Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen und der Grundsatz gegenseitiger Anerkennung keine gegenläufigen Konzepte einer europäischen Integration darstellen, sondern vielmehr Hand in Hand gehen<sup>196</sup>. Wenn in einem Bereich zwischen beiden Konzepten gewählt werden muss, kann die Wahl eher auf die Anwendung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung fallen, da die Mitgliedstaaten solchen Initiativen weniger Souveränitätsbedenken als Harmonisierungsmaßnahmen ihrer nationalen

---

<sup>190</sup> Kotzur, in Geiger/Khan/Kotzur, Art. 82 Rn 4; Busemann, ZIS, 2010, S. 554; Perron, Perspectives of the harmonization of criminal law and criminal procedure in the European Union, in Husabo/Strandbakken, Harmonization of Criminal Law in Europe, S. 19.

<sup>191</sup> Böse, Europäisches Strafrecht, S. 679; Hecker, Europäisches Strafrecht, S. 446; Bachmaier Winter, European investigation order for obtaining evidence in the criminal proceedings – study of the proposal for a European directive, ZIS, 2010, S. 582; Heydenreich, StraFO, 2012, S. 441.

<sup>192</sup> EuGH, Urt. v. 11.02.2003, C-187/01, C 385/01, Gözütok/Brügge - hrr-strafrecht.

<sup>193</sup> Ein Beitrag von Zieschang beschäftigt sich allgemein mit der Frage, ob und wie Vertrauen in ein „Europäisches Strafrecht“ begründet werden kann, in Wege zum Europäischen Recht, S. 39 ff. und wird ergänzt durch einen Beitrag von Satzger in demselben Band, S. 51 ff. In diesem Zusammenhang kann ebenfalls auf die Ausführungen von Ronsfeld, in Rechtshilfe, Anerkennung und Vertrauen – Die Europäische Ermittlungsanordnung, S. 194 ff. verwiesen werden.

<sup>194</sup> Wasmeier, ZEuS, 2006, S. 32.

<sup>195</sup> Cartier, Le mandat d'arrêt européen, Bruylant, Brüssel, 2005, S. 37-39: „*Le processus de rapprochement des législations s'est donc développé parallèlement à la reconnaissance mutuelle. On a parfois tendance à opposer ces deux approches de la construction de l'Europe judiciaire pénale qui sont en réalité réellement complémentaires.*“; Stessens, The Principle of Mutual Confidence between Judicial Authorities in the Area of Freedom, Justice and Security, in de Kerchove/Weyembergh, L'espace pénal européen: enjeux et perspectives, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, S. 93.

<sup>196</sup> Flore, Droit pénal européen: Les enjeux d'une justice pénale européenne, Larcier, Bruxelles, 2014, Rn 16 („*modèles hybrides*“); Roux-Demare, De l'entraide pénale à l'Europe pénale, Dalloz, Paris, 2014, S. 253; Jault-Seseke/Lelieur, Les différences d'approches de l'espace judiciaire européen sur les plans civil et pénal, in Jault-Seseke/Lelieur/Pigache, L'espace judiciaire européen civil et pénal, Regards croisés, Dalloz, Paris, 2009, S. 16; Wasmeier, ZEuS, 2006, S. 32.

Rechtsordnungen entgegenhalten<sup>197</sup>.

### c) Harmonisierung

Eine Harmonisierung nationaler Strafvorschriften erfolgt durch die Etablierung von einheitlichen Mindeststandards, die alle Mitgliedstaaten in ihre jeweilige Rechtsordnung umzusetzen haben, so dass es in Folge zu einer Angleichung der nationalen Vorschriften kommt, s. Art. 67 Abs. 3 EUV und Artt. 82 Abs. 1, 2, 83 AEUV. Als Beispiel kann das unionsrechtliche Übereinkommen bzgl. der Mindestanforderungen an Tatbestände zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität genannt werden<sup>198</sup>. Aufgrund dieser einheitlichen Mindestvorschriften ist die beiderseitige Strafbarkeit im Falle des Eingreifens dieser Deliktskategorien zum Beispiel im Rahmen eines EuHb nicht mehr zu prüfen. Der Harmonisierungsprozess gilt jedoch wie schon oben gesehen aufgrund der Souveränitätsbedenken als langwierig<sup>199</sup>. Bis heute erfolgten daher im Strafverfahrensrecht nur punktuelle Harmonisierungsmaßnahmen<sup>200</sup>. Eine umfassende Revision der nationalen Strafprozesse steht aus.

### d) Kritik in Bezug auf die Richtlinie

Der Umstand, dass die RL zur Reform der Rechtshilfe auf den Grundsatz gegenseitiger Anerkennung gestützt wurde, fand in der Literatur sowohl Kritiker als auch Befürworter, deren

---

<sup>197</sup> de Kerchove, *L'espace judiciaire pénal européen après Amsterdam et le sommet de Tampere* in Weyemberg/de Kerchove, *Vers un espace judiciaire pénal européen = Towards a European Judicial Criminal Area*, Editions de l'Université de Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2000, S. 13, 14; Roux-Demare, *De l'entraide pénale à l'Europe pénale*, Dalloz, Paris, 2014, S. 247.

<sup>198</sup> Rahmenbeschluss 2008/841/JI des Rates vom 24.10.2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität, Amtsbl. Nr. L 300/42 v. 11.11.2008.

<sup>199</sup> Hecker, *Europäisches Strafrecht*, S. 446, 447; Satzger, in *Wege zum Europäischen Recht*, S. 59 mit Beispielen; Weyembergh, in *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2001, S. 54.

<sup>200</sup> Richtlinie 2010/64/EU v. 20.10.2010 (bzgl. des Rechts auf Dolmetscherleistungen im Rahmen eines Strafverfahrens), Richtlinie 2012/13/EU v. 22.05.2012 (bzgl. der Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren); Richtlinie 2013/48/EU v. 22.10.2013 (u.a. Recht auf einen Verteidiger im Rahmen eines Strafverfahrens), Richtlinie 2016/343 v. 09.03.2016 (zur Stärkung der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafsachen), Richtlinie 2016/1919 v. 26.10.2016 (bzgl. u.a. Prozesskostenhilfe für Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren).

Argumente im Folgenden dargestellt werden sollen.

Es wurde aus mehreren Gründen Kritik an der Einführung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung in die Materie des europäischen Strafrechts geäußert. Die im Folgenden darzustellenden Stimmen ergingen nicht nur zu der RL, sondern auch zu anderen Rechtsinstrumenten, die auf diesem Grundsatz beruhen, wie beispielsweise dem EuHb. Die Bedenken, die gegen diesen Grundsatz als solchen bestehen, können auch auf die sonstige Rechtshilfe in Strafsachen übertragen werden. Zum einen wird die einhellige Stärkung dieses Grundsatzes in Strafsachen auf Unionsebene bemängelt, da die Wirksamkeit dieses Konzepts nicht nachgewiesen sei. Sowohl im Rahmenbeschluss zum EuHb als auch im Grünbuch der Kommission wurde die Stärkung des Grundsatzes propagiert, ohne dass ein empirischer Wirksamkeitsbefund vorliege<sup>201</sup>. *Ambos*<sup>202</sup> beispielsweise bezieht sich speziell auf die Reformvorschläge des Grünbuchs der Kommission und ist der Ansicht, dass diese auf der unbewiesenen Prämisse beruhe, dass im Rahmen der sonstigen Rechtshilfe ein hinreichendes Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten bestehe und dies zur Effizienz der Anwendung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung führen werde. Seiner Meinung nach sei jedoch mit Blick auf die Anwendung des EuHb gerade das Gegenteil bewiesen, da die vollstreckenden Mitgliedstaaten eine umfassende inhaltliche Prüfung der ausländischen Anordnungen vornehmen. Der Grundsatz könne vielmehr erst dann Wirksamkeit entfalten, wenn hinreichende Harmonisierungsmaßnahmen vorgenommen wurden. Wenn dies nicht der Fall sei, könne man weiterhin auf das traditionelle Rechtshilfesystem zurückgreifen, da insbesondere dessen Ineffizienz nicht bewiesen sei<sup>203</sup>. Im Zusammenhang mit dem EuHb sieht auch *Perron*

---

<sup>201</sup> s. sowohl das Grünbuch der Kommission, als auch das Stockholmer Programm des Europäischen Rates.

<sup>202</sup> *Ambos*, ZIS, 2010, S. 557

<sup>203</sup> So auch de Kerchove/Weyembergh, *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union Européenne*, Ed. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2005, S. 337; Roux-Demare, *De l'entraide pénale à l'Europe pénale*, Dalloz, Paris, 2014, S. 117; *Ambos*, ZIS, 2010, S. 557; Canivet/Sauron, *Les coopérations renforcées en matière de justice et affaires intérieures: un outil d'intégration*, Commissariat général du plan, 2003, S. 4

([https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/discours\\_entretiens\\_2039/archives\\_2201/matiere\\_justice\\_8427.html#l2](https://www.courdecassation.fr/publications_26/discours_entretiens_2039/archives_2201/matiere_justice_8427.html#l2)) (Stand 23.11.2017); Vernimmen-van Tiggelen/Surano, *Analysis of the future of mutual recognition in criminal matters in the European Union*, Final Report, 20.11.2008, funded by the European Commission ([http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/mutual\\_recognition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/mutual_recognition_en.pdf)) (Stand 21.11.2017); Weyembergh, *L'avenir des mécanismes de coopération judiciaire pénale entre les Etats membres de l'Union européenne*, in de Kerchove/Weyembergh, *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Editions de l'Université de Bruxelles,

ein „*unterschwelliges*“ Misstrauen zwischen den Mitgliedstaaten begründet<sup>204</sup>, das der Effizienz des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung entgegenstehe. In ähnlicher Weise äußert sich *Pradel* in Bezug auf den Umgang mit einem EuHb und *Farkas* allgemein zur Zusammenarbeit der EU-Mitglieder<sup>205</sup>. Ein wahrer Vertrauensbeweis könne laut *Pradel* somit erst dann bejaht werden, wenn die Vollstreckung eines EuHb von jeglichen zusätzlichen gerichtlichen Kontrollen im Vollstreckungsstaat befreit wäre<sup>206</sup>. *Nogala* sieht den Vertrauensbeweis zwischen den Mitgliedstaaten auch im Zusammenhang mit einem anderen europäischen Projekt der Zusammenarbeit, dem „Gemeinsamen Zentrum der deutsch-französischen Polizei- und Zollzusammenarbeit“ (iF GZPZ) als widerlegt an<sup>207</sup>. Das GZPZ koordiniert die Kooperation zwischen deutschen und französischen Polizei- sowie Zollbehörden an der deutsch-französischen Grenze. Obwohl es sich um eine schon geographisch beschränkte Kooperation handele, sei diese zeitaufwendig und wenig effizient.

Die Einführung der RL wurde darüber hinaus als verfrüht angesehen. Die Mitgliedstaaten hätten zunächst den Rahmenbeschluss bezüglich der Europäischen Beweismittelanordnung aus dem Jahre 2008, der auch auf dem Grundsatz gegenseitiger Anerkennung basierte, in die nationale Rechtsordnung umsetzen und deren Auswirkungen, sowie Effizienz in der täglichen Rechtspraxis beobachten müssen<sup>208</sup>.

Viele Stimmen sehen den Rückgriff auf den Grundsatz gegenseitiger Anerkennung zudem erst

---

Bruxelles, 2000, S. 373 und so auch die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme zum Grünbuch der Europäischen Kommission vom 26.02.2010,

s. [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0004/national\\_governments/germany\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0004/national_governments/germany_de.pdf) (Stand 23.11.2016).

<sup>204</sup> Perron, FS für Wilfried Küper, S. 435.

<sup>205</sup> Farkas, in Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, S. 118.

<sup>206</sup> "La vraie révolution, copernicienne celle-là serait la libre circulation du mandat dans tout l'espace judiciaire européen, sans contrôle judiciaire quelconque", Pradel, Le mandat d'arrêt européen, Un premier pas vers une révolution copernicienne dans le droit pénal français de l'extradition, Droits, 2004, S. 1392; s.auch Roussel, in Le mandat d'arrêt européen, Exemple de l'efficacité procédurale européenne, in Roussel/Roux-Demare, L'européanisation de la justice pénale, Cujas, Paris, 2016, S.114.

<sup>207</sup> Nogala, Policing across a dimorphous border: challenge and innovation at the french-german border in Albrecht/Klip, Crime, Criminal Law and Criminal Justice in Europe, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2013, S. 418.

<sup>208</sup> Lelieur, ZIS, 2010, S. 590; so auch die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme zum Grünbuch der Europäischen Kommission v. 26.02.2010,

s. [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0004/national\\_governments/germany\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0004/national_governments/germany_de.pdf) (Stand 23.11.2016).

dann als legitim an, wenn die nationalen Rechtsordnungen hinreichend harmonisiert seien<sup>209</sup>. Die Kommission habe sich insbesondere bei Einführung der RL nicht die Frage gestellt, ob und wenn ja, welche Schwierigkeiten sich in der täglichen Rechtshilfepraxis ergeben. Diese seien jedoch insbesondere im Rahmen der Beweiserhebung, einer nur punktuell harmonisierten Materie, zu erwarten, da die Qualität eines Beweises untrennbar mit dem nationalen Verfahrensrecht verbunden sei<sup>210</sup>. Ohne diese Harmonisierung werde kein Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten wachsen und die grundlegende, strukturelle Problematik der Differenzen der nationalen Rechtsordnungen nicht gelöst<sup>211</sup>.

Die Harmonisierung sei zudem auch zum Schutze von Beschuldigtenrechten absolut notwendig, so dass eine verfrühte Anwendung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung zu einem Verlust dieser Rechte führen könne<sup>212</sup>. Insbesondere hinke die unionsrechtliche Gesetzgebung hinsichtlich des Schutzes von Beschuldigtenrechten hinterher, so dass die unterlassene Schaffung von unverzichtbaren europäischen Garantien von Mindestverfahrensrechten für Beschuldigte zu Konflikten bei der unionsrechtlichen Beweiserhebung führen könne<sup>213</sup>. Solche europäischen Mindeststandards wurden bislang für das Strafverfahren nicht hinreichend festgelegt<sup>214</sup>, mithin werde auch die Einführung eines

---

<sup>209</sup> Allegrezza, ZIS, 2010, S. 571; Schünemann/Roger, ZIS, 2010, S. 92; Perron, Perspectives of the harmonization of criminal law and criminal procedure in the European Union, in Husabo/Strandbakken, Harmonization of Criminal Law in Europe, S. 18, 19.

<sup>210</sup> Sog. „legal structure“ eines Beweises, s. Allegrezza, ZIS, 2010, S. 576.

<sup>211</sup> Allegrezza, ZIS, 2010, S. 571; Heydenreich, StraFO, 2012, S. 441; Perron, Perspectives of the harmonization of criminal law and criminal procedure in the European Union, in Husabo/Strandbakken, Harmonization of Criminal Law in Europe, S. 17-18; Dies sieht auch die sog. Roadmap des Rates vor: Entschließung des Rates über einen Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten in Strafverfahren v. 24.11.2009, Rats-Dok. 15434/09, Abs. 6: *“(…) im Kontext der Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auch Arbeiten über diejenigen verfahrensrechtlichen Aspekte initiiert werden sollten, bei denen zur Erleichterung der Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gemeinsame Mindeststandards für notwendig erachtet werden, wobei die Grundprinzipien des Rechts der Mitgliedstaaten zu achten sind (Nummer 37).”*

<sup>212</sup> Manifests zum Europäischen Strafverfahrensrecht der European Criminal Policy Initiative, ZIS, 2013, S. 416 ff.

<sup>213</sup> Satzger, Internationales und europäisches Strafrecht, S. 229; Blackstock, The European Investigation Order, New Journal of European Criminal Law, Intersentia, Antwerpen, Oxford, Portland, 2010, S. 481; Gleß, ZStW, 2013, S. 573; Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht, European Criminal Policy Initiative (www.crimpol.eu), ZIS, 2013, S. 412; Satzger, in FS für Gunter Widmaier, 2008, S. 557.

<sup>214</sup> Die Schaffung solcher Mindeststandards im Strafverfahren wird von Stimmen in der Literatur sehr befürwortet, s. Leblois-Happe, L'entraide répressive internationale depuis le Code d'instruction criminelle, in Jung/Leblois-Happe/Jung, 200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le Bicentenaire du Code d'instruction criminelle, S. 243; Schuster, ZIS, 2016, S. 564 ff.; Wasmeier, ZEuS, 2006, S. 32.



neuen, einheitlichen Instruments wie die EEA den unionsrechtlichen Beweistransfer nicht verbessern, sondern sich vielmehr noch stärker zum Nachteil der Beschuldigtenrechte auswirken<sup>215</sup>.

Dem Einwand, die Mitgliedstaaten seien an die EuGrCh sowie die EMRK gebunden, so dass es zu keiner Verletzung von Beschuldigtenrechten kommen könne, wird entgegengehalten, dass diese Konventionen lediglich Mindeststandards festlegen. Die Mitgliedstaaten sind frei dem Beschuldigten über diese Mindestrechte hinaus rechtlichen Schutz zu gewähren. In einem Rechtshilfeverfahren, das auf dem Grundsatz gegenseitiger Anerkennung begründe, gehe jedoch dieser Schutz verloren<sup>216</sup>. Des Weiteren lassen sich auch diesen Verträgen keine einheitlichen Anforderungen an die Erhebung eines verwertbaren Beweismittels entnehmen. Auch die Rechtsprechung des EuGH und des EGMR ergehen nur zu Einzelfallkonstellationen<sup>217</sup>. Daraus könne kein europaweit einheitliches Beweiserhebungsverfahren extrahiert werden; es werde vielmehr geprüft, ob ein bestimmtes nationales Strafverfahren in der Gesamtschau rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprochen habe. Zudem ergehen die Entscheidungen oftmals in erheblichen zeitlichen Abstand zu den Verletzungen von Beschuldigtenrechten<sup>218</sup>. Mithin sichern diese Konventionen keine hinreichende Gewähr für die Harmonisierung der nationalen Verfahrensordnungen.

*Rackow* äußert Bedenken, ob der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung überhaupt auf Verfahren wie das Beweiserhebungsverfahren übertragen werden kann oder ob dem nicht die Komplexität dieses Verfahrensabschnitts entgegenstehe<sup>219</sup>.

Andere Stimmen befürworten hingegen die Einführung einer EEA, unabhängig von dem Stand

---

<sup>215</sup> Allegrezza, ZIS, 2010, S. 574; s. auch Roadmap für Verfahrensrechte des Rates, Rats-Dok. 15434/09, Abs. 8, 9, demnach es im Strafverfahren allgemein an einem gegenseitigen Vertrauen fehle, allein die Konvention sei nicht ausreichend, (mit Verweis auf: "Analysis of the future of mutual recognition in criminal matters in the European Union, Bericht der Freien Universität Brüssel v. 20.11.2008.).

<sup>216</sup> Schünemann, in Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, S. 99.

<sup>217</sup> EGMR, Urt. v. 12.07.1988, Nr. 10862/84 – Schenk c/ Schweiz - hudoc; Grimaldi, in La preuve, Bruylant/LB2V, Bruxelles/Saint-Germain-en-Laye, 2013, S. 162; Perron, in Organisierte Kriminalität als transnationales Phänomen, edition iuscrim, Freiburg i. Br., 2000, S. 46.

<sup>218</sup> Nestler, in Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, S. 168.

<sup>219</sup> Rackow, KriPoz, 2017, S. 79: „Indes birgt gerade der heterogene Bereich der sonstigen Rechtshilfe besondere Herausforderungen für das Anerkennungsprinzip: Während etwa ein (Europäischer) Haftbefehl als ein in sich

der Harmonisierung der nationalen Vorschriften. Die RL vereinfache formale Vorschriften und werde aus diesem Grund zur Steigerung eines schon bestehenden Vertrauens zwischen den handelnden Staaten führen<sup>220</sup>. Der Grundsatz gegenseitiger Anerkennung sei somit ein Beschleunigungsfaktor für eine Angleichung der Rechtsordnungen, denn seine Anwendung bedeute stets auch eine „forcierte“ Harmonisierung<sup>221</sup>. Sie sehen sich durch die europäischen Initiativen zur Einführung eines EuHb und einer EEA sowie der Rechtsprechung des EuGH bestätigt<sup>222</sup>. Des Weiteren könne der Vorwurf einer Gefahr für Beschuldigtenrechte dadurch abgemildert werden, dass mit dem Vertrag von Lissabon die EuGrCh für alle Mitgliedstaaten verbindlich geworden sei. Dazu komme, dass sie auch an die EMRK gebunden seien<sup>223</sup>. Es sei somit Sache des nationalen Gesetzgebers und der Gerichte<sup>224</sup> dem Grundsatz gegenseitiger Anerkennung Leben einzuhauchen und dessen Folgen zu akzeptieren<sup>225</sup>. Es sei an ihnen, Beweise, die selbst nach anderen Verfahrensvorschriften im Ausland erhoben wurden,

---

*vergleichsweise abgeschlossenes (und damit quasi auskoppelbar-ex-portfähiges) „Produkt“ eines nationalen Strafverfahrens verstanden werden kann, stellen sich Ermittlungs und Beweisgewinnungsmaßnahmen weniger als „Produkte“ des Strafprozesses dar, sondern eher als dessen Elemente.“*

<sup>220</sup> Dicker, Die Europäische Union auf dem Weg zu einem einheitlichen Strafverfolgungsraum?, S. 118, 119; Roux-Demare, De l'entraide pénale à l'Europe pénale, Dalloz, Paris, 2014, S. 118; Pradel, Le mandat d'arrêt européen : un premier pas vers une révolution copernicienne dans le droit français de l'extradition, Droits, 2004, S. 1398, 1400; Zimmermann, ZStW, 2015, S. 175.

<sup>221</sup> Cartier, Le mandat d'arrêt européen, Bruylant, Brüssel, 2005, S. 44: „(...) il semble que la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle est l'axe le plus prometteur pour le développement de l'espace judiciaire européen. Néanmoins, malgré des avancées importantes, la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle implique un renforcement substantiel de la confiance mutuelle entre États membres.“ (L'auteur conclut que cette renforcement se fait par l'harmonisation des ordres juridiques nationaux.)

<sup>222</sup> "(...) ein gegenseitiges Vertrauen der Mitgliedstaaten in ihre jeweiligen Strafjustizsysteme besteht und dass jeder Mitgliedstaat die Anwendung des in den anderen Mitgliedstaaten geltenden Strafrechts akzeptiert, auch wenn die Anwendung seines eigenen nationalen Rechts zu einem anderen Ergebnis führen würde.", EuGH, Urt. v. 11.02.2003, C-187/01, C-385/01, Gözütok/Brügge - hrr-strafrecht.

<sup>223</sup> Hofmann, Flucht, Migration und die neue europäische Sicherheitsarchitektur, S. 115. Der Autor sieht vielmehr eine Gefahr in der steten „Informalisierung“ der Strafverfolgung durch die Vernetzung von staatlichen Akteuren und der Errichtung von Koordinierungsstellen. Diese könnten zu einer Umgehung von parlamentarischen Kontrollmechanismen führen. Zudem sei das Strafverfahren gerade aufgrund der darin enthaltenen, hohen formellen Anforderungen ein Garant für den Schutz von Beschuldigtenrechten. Eine informelle Vernetzung unterschiedlicher Straforgane könne zu einem Absinken dieses Schutzes führen (S. 113-114).

<sup>224</sup> So ging der Vorsitzende Richter des französischen Kassationsgerichtshofs, Guy Canivet, mit der Schaffung eines „réseau des présidents des cours suprêmes judiciaires européennes“, als Beispiel voran, s. Cartier, Le mandat d'arrêt européen, Bruylant, Brüssel, 2005, S. 14.

<sup>225</sup> So kommt es nach *Stessens* nicht darauf an, ob ein Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten bestehe; wichtig sei allein, dass die nationalen Behörden zu der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen gesetzlich verpflichtet werden, s. The Principle of Mutual Confidence between Judicial Authorities in the Area of Freedom, Justice and Security, in de Kerchove/Weyembergh, L'espace pénal européen: enjeux et perspectives, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, S. 95.

prinzipiell als verwertbare Beweise im eigenen nationalen Verfahren zu behandeln. Eine Schaffung von Mindeststandards für das Beweiserhebungsverfahren sei hierfür nicht zwingend notwendig<sup>226</sup>. Zudem können traditionelle Rechtshilfe und der Grundsatz gegenseitiger Anerkennung auch miteinander verknüpft werden, ohne dass es zu Effizienzmängeln komme, da die tatsächlichen Probleme der vormaligen Rechtshilfepraxis in dem Fehlen von Fristen-, Sprach- und Kostenregelungen gelegen haben sollen<sup>227</sup>.

Auf die Harmonisierung der Strafrechtssysteme in Europa allein könne man hingegen nicht bauen, da diese schwer durchführbar sei. Außerdem sei die Harmonisierung auch nicht immer möglich, denn die Strafrechtssysteme zeichnen sich durch ihre innere Kohärenz aus, die mit einer Harmonisierung ins Wanken gebracht werden könne<sup>228</sup>. In diese Richtung tendiert auch die Resolution des Europäischen Parlaments zur Reform des EuHb-Rahmenbeschlusses aus dem Jahre 2014, die insbesondere zur Stärkung eines europäischen Netzwerkes zur Kommunikation zwischen den Anordnungs- und Vollstreckungsbehörden, sowie vermehrter Weiterbildungsmöglichkeiten rät<sup>229</sup>. Ebenso wird die Erstellung einer Plattform angeregt, die einen umfassenden Überblick über die nationalen Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsregeln enthalten soll<sup>230</sup>.

Zusammenfassend kann mithin festgehalten werden, dass die Meinungen hinsichtlich der Notwendigkeit und Effizienz der Einführung einer EEA basierend auf dem Grundsatz gegenseitiger Anerkennung gespalten sind. Ob die Bedenken tatsächlich berechtigt sind, wird

---

<sup>226</sup> Bachmaier Winter, European investigation order for obtaining evidence in the criminal proceedings – study of the proposal for a European directive, ZIS, 2010, S. 588; Lach, Transnational Gathering of Evidence in Criminal Cases in the EU de lege lata and de lege ferenda, eucrim, Freiburg, 2009, S. 108 – mpicc.de.

<sup>227</sup> Bachmaier Winter, European investigation order for obtaining evidence in the criminal proceedings – study of the proposal for a European directive, ZIS, 2010, S. 589.

<sup>228</sup> Cartier, Le mandat d'arrêt européen, Bruylant, Brüssel, 2005, S. 37; Perron, Perspectives of the harmonization of criminal law and criminal procedure in the European Union, in Husabo/Strandbakken, Harmonization of Criminal Law in Europe, S. 20.

<sup>229</sup> Roussel, Le mandat d'arrêt européen, Exemple de l'efficacité procédurale européenne, in Roussel/Roux-Demare, L'eupéanisation de la justice pénale, Cujas, Paris, 2016, S. 107; Entschließung des Europäischen Parlaments vom 27. Februar 2014 mit Empfehlungen an die Kommission zur Überprüfung des Europäischen Haftbefehls, Nr. 2013/2109 (INL).

<sup>230</sup> Roussel, Le mandat d'arrêt européen, Exemple de l'efficacité procédurale européenne, in Roussel/Roux-Demare, L'eupéanisation de la justice pénale, Cujas, Paris, 2016, S. 107; Entschließung des Europäischen Parlaments vom 27. Februar 2014 mit Empfehlungen an die Kommission zur Überprüfung des Europäischen Haftbefehls, Nr. 2013/2109 (INL).

in dem zweiten Teil der Dissertation am Beispiel des deutsch-französischen Rechtshilfeverkehrs zu untersuchen sein.

#### **4. Das deutsche und französische Umsetzungsgesetz**

Richtlinien entfalten grundsätzlich keine unmittelbare Wirkung in den Mitgliedstaaten, sondern müssen von diesen innerhalb einer festgesetzten Frist in innerstaatliches Recht umgesetzt werden<sup>231</sup>, Art. 288 AEUV. Die Mitgliedstaaten haben dabei eine Umsetzungspflicht hinsichtlich des angestrebten Ziels der Richtlinie. Hingegen sind sie bei der Wahl der hierzu erforderlichen Mittel und der Form frei.

Die Mitgliedstaaten können dabei auch über den Inhalt der Richtlinie hinausgehen<sup>232</sup>. Die RL war bis zum 22. Mai 2017 umzusetzen, s. Art. 36 RL.

##### a) Deutschland

Die gesetzliche Grundlage für den unionsrechtlichen Beweismitteltransfer findet sich nicht in der deutschen Strafprozessordnung (iF StPO), sondern in einem eigenen Gesetz, dem so genannten Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (iF IRG). Zudem spielen die „Richtlinien für den Verkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten“<sup>233</sup> (iF RiVASt) eine große Rolle in der Praxis<sup>234</sup>. Es handelt sich dabei nicht um Gesetzestexte, sondern um Verwaltungsvorschriften, denen aber aufgrund ihrer detaillierten Darstellung eine „gesetzesergänzende Funktion“<sup>235</sup> zukommt.

Die Bundesrepublik Deutschland hat die RL mit dem Vierten Gesetz zur Änderung des Gesetzes

---

<sup>231</sup> Will, Europarecht, S. 139.

<sup>232</sup> Dies ist beispielsweise der Fall für die Umsetzung der RL in Frankreich mit Verordnung vom 1. Dezember 2016 (Ordonnance n° 2016-1636 du 1er décembre 2016 relative à la décision d'enquête européenne en matière pénale, JORF, Nr. 0280 v. 02.12.2016, Text Nr. 36). Die RL sieht in Art. 1 Abs. 3 RL vor, dass (allein) der Beschuldigte, beziehungsweise sein Verteidiger, das Recht habe eine EEA zu beantragen. Das französische Strafverfahren sieht ein solches Antragsrecht nunmehr aber ebenfalls für das Opfer („victime“ oder „partie civile“) gem. Art. 694-20 Abs. 2 CPP vor, da diesem eine besondere Rolle in dem französischen Verfahren zukommt und es nicht unerheblich auf den Verfahrensablauf Einfluss nehmen kann (so ist die sog. „partie civile“ während einer „information“ eine selbstständige Verfahrenspartei mit prozessualen Befugnissen, vgl. Artt. 85 ff. CPP).

<sup>233</sup> [http://www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/RiVASt/Griechenland.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](http://www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/RiVASt/Griechenland.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (Stand 08.11.2017).

<sup>234</sup> Ahlbrecht in Ahlbrecht//Esser/Eckelmanns, Internationales Strafrecht, S. 483; Kühne, Strafprozessrecht, S. 55.

<sup>235</sup> Sinn/Zöller in Strafrecht ohne Grenzen, S. 124.

über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 5. Januar 2017, das am 22. Mai 2017 in Kraft getreten ist, umgesetzt<sup>236</sup>. Dabei wurde der Gesetzesentwurf des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz<sup>237</sup>, der die Vorschriften hinsichtlich der EEA in den §§ 91a ff. IRG verortet hatte, ohne Änderungen seitens des Bundestages (Art. 77 Abs. 1 GG) fristgerecht beschlossen<sup>238</sup>. Der Bundesrat, dem ein Gesetzesentwurf der Bundesregierung zuvor zuzustellen war (s. Art. 76 Abs. 2 GG), erhob ebenfalls keine Einwendungen<sup>239</sup>.

Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßte die fristgerechte Umsetzung, kritisierte jedoch einzelne gesetzliche Vorschriften<sup>240</sup>. Die Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Entwurf des Umsetzungsgesetzes lässt erkennen, dass die Einführung der RL begrüßt wird und sogar eine verstärkte Kooperationspflicht im Sinne einer gegenseitigen Anerkennung wünschenswert gewesen wäre<sup>241</sup>. Einige Stimmen aus der Literatur bedauern ebenso die starke Anlehnung des Gesetzestextes an das Konzept der traditionellen Rechtshilfe<sup>242</sup>. Andere Ansichten sehen hingegen in der Einführung der RL eine Gefahr für Beschuldigtenrechte, sowie rechtsstaatliche Standards<sup>243</sup>.

#### b) Frankreich

In Frankreich wird die RL durch die Ergänzung der Vorschriften des CPP in nationales Recht umgesetzt. Dabei war noch im Frühjahr 2016 kein Projekt zur Umsetzung der RL vorgesehen, so dass die Befürchtung bestand, dass der Umsetzungszeitpunkt zum 22. Mai 2017 nicht

---

<sup>236</sup> BGBl., 2017 I, S. 31 ff.; s.a. die Gesetzesbegründung, BT-Dr. 18/9757, 17.

<sup>237</sup> <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/097/1809757.pdf> (Stand 18.04.2017).

<sup>238</sup> Ahlbrecht in Ahlbrecht/Böhm/Esser/Eckelmanns, Internationales Strafrecht, S. 486.

<sup>239</sup> Ahlbrecht in Ahlbrecht/Böhm/Esser/Eckelmanns, Internationales Strafrecht, S. 486.

<sup>240</sup> BRaK, Stellungnahme Nr. 11/2016 v. Mai 2016, s. <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2016/mai/stellungnahme-der-brak-2016-11.pdf> (Stand 18.03.2018).

<sup>241</sup> Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Entwurf des Umsetzungsgesetzes (Nr. 07/2016, April 2016), [http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2016/Downloads/04012016\\_Stellungnahme\\_DRB\\_RefE\\_AendG\\_Umsetzung\\_Europaeische\\_Ermittlungsanordnung.pdf;jsessionid=BAAB67CE89E86208B5FB640E4407AD83.2\\_cid297?\\_blob=publicationFile&v=1](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2016/Downloads/04012016_Stellungnahme_DRB_RefE_AendG_Umsetzung_Europaeische_Ermittlungsanordnung.pdf;jsessionid=BAAB67CE89E86208B5FB640E4407AD83.2_cid297?_blob=publicationFile&v=1) (Stand 18.03.2018).

<sup>242</sup> Rackow, KriPoz, 2017, S. 86.

<sup>243</sup> Böse, in Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, RL EEA Rn 2 (mwN); Brahms/Gut, NStZ, 2017, S. 388 (mwN).

eingehalten werden würde<sup>244</sup>.

Überraschend wurde die Regierung jedoch mit Gesetz vom 3. Juni 2016<sup>245</sup>, s. Art. 118 Abs. 2, ermächtigt, die RL per Verordnung („ordonnance“) in die französische Rechtsordnung zu integrieren. Ein solches Vorgehen erlaubt Art. 38 der französischen Verfassung. Demnach kann das Parlament die Regierung ermächtigen, gesetzliche Änderungen, die grundsätzlich eines ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens und damit der Mitwirkung des Parlaments bedürften, ohne diese Formalität per Verordnung vorzunehmen<sup>246</sup>; ein Verfahren das im Falle der Umsetzung der RL nicht unumstritten geblieben ist<sup>247</sup>.

Die Mitwirkung des Parlaments wäre dabei nach Ansicht von *Roux-Demare* bei der Umsetzung der RL wünschenswert gewesen, da damit weite Änderungen des Strafprozessrechts einhergehen und dadurch eine potentielle Gefahr für die Rechte einer verdächtigen Person begründet werde<sup>248</sup>. Dies ist mit Blick auf den Inhalt der RL nicht völlig von der Hand zu weisen, da eine Rechtshilfeleistung nach dem Richtlinien text zum Beispiel nicht mehr von dem Grundsatz beidseitiger Strafbarkeit abhängen soll (Art. 11 Abs. 1 f) RL). Dem wurde entgegengehalten, dass das Fehlen der parlamentarischen Mitwirkung aufgrund des hinreichenden Schutzes der Grundfreiheiten, der sowohl von der RL als auch von der französischen Verordnung vorgesehen werde, sowie der Zweckerreichung der RL, den unionsrechtlichen Beweismitteltransfer einfacher, schneller und effizienter zu gestalten<sup>249</sup>,

---

<sup>244</sup> Roux-Demare, La décision d'enquête européenne ou l'adoption d'un instrument inédit de l'Europe pénale, AJ Pénal, 2017, S. 116.

<sup>245</sup> Loi n° 2016-731 du 03 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale (1), JORF, Nr. 0129 v. 04.06.2016, Text Nr. 1.

<sup>246</sup> Delmas-Marty/Spencer, European Criminal Procedures, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, S. 219.

<sup>247</sup> Roux-Demare, La décision d'enquête européenne ou l'adoption d'un instrument inédit de l'Europe pénale, AJ Pénal, 2017, S. 116, 117; ders., La décision d'enquête européenne, nouvel instrument d'entraide judiciaire pour la mise en état des affaires pénales, Cahiers de la sécurité et de la justice, 2016, S. 73.

<sup>248</sup> Roux-Demare, La décision d'enquête européenne ou l'adoption d'un instrument inédit de l'Europe pénale, AJ Pénal, 2017, S. 116, 117; ders., La décision d'enquête européenne, nouvel instrument d'entraide judiciaire pour la mise en état des affaires pénales, Cahiers de la sécurité et de la justice, 2016, S. 73.

<sup>249</sup> Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-1636 du 01.12.2016, relative à la décision d'enquête européenne en matière pénale, JORF, Nr. 0280 v. 02.12.2016, Text Nr. 36.

gerechtfertigt sei<sup>250</sup>.

Am 1. Dezember 2016 erging somit eine Verordnung, die die RL durch Erweiterung des Regelungswerks des CPP in die französische Rechtsordnung einführt<sup>251</sup>. Diese wurde am 8. Februar 2017 ratifiziert<sup>252</sup> und trat am 22. Mai 2017 in Kraft.

Die entsprechenden Vorschriften zur Umsetzung der RL in die nationale Rechtsordnung finden sich nunmehr in den Artt. 694-14 ff. CPP. Zusätzlich erging am 7. April 2017 ein Dekret in Bezug auf die Anwendung einer EEA<sup>253</sup>.

## **5. Inhaltliche Neuerungen der Richtlinie**

Es gilt nun den Inhalt der RL zu untersuchen. Es werden hierzu die Vorschriften des Allgemeinen Teils der RL dargestellt, mit denen das bis dahin bestehende Rechtshilfeverfahren abgeändert werden soll.

### a) Formelle Veränderungen bei Erlass einer EEA

#### aa) Anordnungsbehörde

Gemäß Art. 2 c) RL ist Anordnungsbehörde ein Richter, ein Gericht, ein Ermittlungsrichter, ein Staatsanwalt oder jede andere, vom Anordnungsstaat bezeichnete, zuständige Behörde, die als Ermittlungsbehörde in einem Strafverfahren nach nationalem Recht für die Anordnung der Erhebung von Beweismitteln zuständig ist. In letzterem Fall muss jedoch ein Richter, ein Gericht, ein Ermittlungsrichter oder ein Staatsanwalt des Anordnungsstaates die EEA validieren. Einige Stimmen in der Literatur sehen in diesem Validierungsvorbehalt jedoch einen Widerspruch zu dem Grundsatz gegenseitiger Anerkennung und befürchten eine

---

<sup>250</sup> Roux-Demare, La décision d'enquête européenne ou l'adoption d'un instrument inédit de l'Europe pénale, AJ Pénal, 2017, S. 116-118.

<sup>251</sup> Ordonnance n° 2016-1636 du 1<sup>er</sup> décembre 2016 relative à la décision d'enquête européenne en matière pénale, JORF, Nr. 0280 v. 02.12.2016, Text Nr. 37.

<sup>252</sup> Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-1636 du 1<sup>er</sup> décembre 2016 relative à la décision d'enquête européenne en matière pénale enregistré à la Présidence du Sénat le 08.02.2017, Sénat, Session ordinaire de 2016-2017, Nr. 383.

<sup>253</sup> Décret n° 2017-511 du 7 avril 2017 relatif à la décision d'enquête européenne en matière pénale, JORF, Nr. 0085 v. 09.04.2017, Text Nr. 13.

Verkomplizierung des Ausstellungsverfahrens einer EEA<sup>254</sup>.

Dieser gerichtliche bzw. staatsanwaltschaftliche Vorbehalt ist neu<sup>255</sup>. Dessen Einführung kann jedoch mit Blick auf die, im Rahmen des EuHb-Rahmenbeschlusses entstandenen Auslegungsschwierigkeiten, erklärt werden. So sieht dieser Rechtsakt in seinem Art. 1 Abs. 1 vor, dass der EuHb eine justizielle Entscheidung darstellt. Art. 6 Abs. 1 sieht weiter vor, dass ausstellende Justizbehörde die Justizbehörde des Ausstellungsmitgliedstaats ist, die nach diesem nationalen Recht für die Ausstellung eines EuHb zuständig ist. Es wird kein staatsanwaltlicher oder richterlicher Vorbehalt statuiert.

Somit stellte sich die Frage, ob die Polizei<sup>256</sup>, bzw. das Justizministerium<sup>257</sup> als „Justizbehörden“ im Sinne dieses Art. 6 angesehen werden, mithin eine „justizielle“ Entscheidung treffen können. Diese Frage musste von dem EuGH beantwortet werden. Der Gerichtshof stellte dabei zunächst klar, dass die Begriffe „justizielle Entscheidung“, sowie „Justizbehörde“ des Rahmenbeschlusses autonome Begriffe des Unionsrechts darstellen. Mithin liege es, trotz des Verweises in Art. 6 auf die nationalen Rechtsordnungen, nicht in der Hand der Mitgliedstaaten diese Begriffe nach nationalem Verständnis auszulegen. Sodann entschied der Gerichtshof, dass weder eine Polizeibehörde noch das Justizministerium als Justizbehörden gelten können. Der Begriff „Justiz“ beziehe sich in seiner herkömmlichen Bedeutung ausschließlich auf die Judikative, die im Sinne der Gewaltenteilung stets von der Exekutive zu trennen sei. Eine Justizbehörde sei damit eine Behörde, die an der Rechtspflege mitwirkt. Für diese Auslegung spreche auch, dass die Anordnung und Vollstreckung eines EuHb ausreichender justizieller Kontrolle unterliegen müsse. Eine „justizielle Entscheidung“ wurde nur dann von dem EuGH bejaht, wenn die polizeiliche Anordnung eines EuHb vor Übermittlung an den Vollstreckungsstaat von einem Staatsanwalt bestätigt wurde, da dann eine hinreichende justizielle Kontrolle durch ein Organ

---

<sup>254</sup> Rackow, in Prävention und Repression im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, S. 124, 125.

<sup>255</sup> S. zur Entwicklung dieser Vorschrift von dem ursprünglichen Richtlinienentwurf bis zur konsolidierten Fassung: Rackow, in Prävention und Repression im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, S. 123 ff.

<sup>256</sup> EuGH, Urt. v. 10.11.2016, C-452/16 PPU, Poltorak (Schwedisches Recht) - curia.

<sup>257</sup> EuGH, Urt. v. 10.11.2016, C-477/16, Kovalkovas (Litauische Recht) - curia.



der Rechtspflege gewährleistet sei<sup>258</sup>. In diesem Zusammenhang sei jedoch noch auf die weitergehenden Ausführungen des EuGH in seinen Urteilen vom 27. Mai 2019<sup>259</sup> hinzuweisen, wonach ein Staatsanwalt dann nicht zum Erlass eines EuHb befugt sei, wenn dieser der Gefahr ausgesetzt sei, im Rahmen des Erlasses einer Entscheidung über die Ausstellung eines EuHb mittelbar oder unmittelbar Anordnungen oder Einzelweisungen seitens der Exekutive, so des Justizministeriums, unterworfen zu werden. Diese Gefahr bestünde jedoch für einen deutschen Staatsanwalt, so dass dieser keinen EuHb beantragen könne. Diese Entscheidungen werden mithin den deutschen Gesetzgeber zum Handeln veranlassen und haben das Ergebnis zur Folge, dass ein deutscher Staatsanwalt zwar keinen EuHb, jedoch eine EEA, mithilfe derer mitunter eingriffsintensive Massnahmen wie beispielsweise eine TKÜ angeordnet werden können, ausstellen kann.

Der in der RL enthaltene staatsanwaltschaftliche, bzw. gerichtliche Vorbehalt aus Art. 2 c) spielt eine nicht unbedeutende Rolle für das neue Rechtshilfeverfahren. So regelt Art. 9 Abs. 3 RL ergänzend, dass eine Vollstreckungsbehörde eine EEA, die nicht von einer Anordnungsbehörde im Sinne des Artikels 2 c) erlassen worden ist, an den Anordnungsstaat zurückgeben kann. Es handelt sich um einen formellen Versagungsgrund, der außerhalb der materiellen Versagungsgründe des Art. 11 RL geregelt ist und der wirksamen Durchsetzung der Verfahrensvorschrift aus Art. 2 c) RL dienen soll. Die Einführung des Art. 2 RL macht somit deutlich, dass die richterliche bzw. staatsanwaltliche Mitwirkung an einer EEA, die auch eine Zwangsmaßnahme darstellen kann, auf unionsrechtlicher Ebene unabdingbar ist. Diese Vorschrift könnte mithin als Vorreiter eines europäischen Mindeststandards im Rahmen der Anordnung einer Beweiserhebungsmaßnahme während eines Strafverfahrens dienen<sup>260</sup>. Ein exklusiver Richtervorbehalt (bspw. für eingriffsintensive Maßnahmen) wurde hingegen nicht vorgesehen. Die Auswirkung dieses Umstands auf den Schutzgehalt nationaler

---

<sup>258</sup> EuGH, Urt. v. 10.11.2016, C-453/16 PPU, Özcelik - curia.

<sup>259</sup> EuGH, Urt. v. 27.05.2019, verbundene Rechtssachen C-508/18 und C-82/19 PPU, OG und PI -curia.

<sup>260</sup> Damit bestätigt sich die Auffassung von Allegrezza, dass die Struktur einer unionsrechtlichen Rechtshilfe sich eher nach den Vorgaben des inquisitorischen, kontinentaleuropäischen Strafverfahren richtet, Allegrezza, ZIS, 2010, S. 576; Gutachten des Bundesministeriums der Justiz: Das Verhältnis von Gericht, Staatsanwaltschaft, Polizei im Ermittlungsverfahren, strafprozessuale Regeln und faktische Fehlentwicklungen: [http://www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Das\\_Verhaeltnis\\_von\\_Gericht\\_Staatsanwaltschaft\\_und\\_Polizei\\_im\\_Ermittlungsverfahren.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Das_Verhaeltnis_von_Gericht_Staatsanwaltschaft_und_Polizei_im_Ermittlungsverfahren.pdf?__blob=publicationFile) (Stand 4. Oktober 2016).

Richtervorbehalte wird weiter unten zu thematisieren sein<sup>261</sup>.

#### bb) Formular

Art. 5 Abs. 1 RL iVm Anhang A sieht nun ein einheitliches Formular für die Anordnung einer Ermittlungsanordnung vor. Der Anhang umfasst 9 Seiten. Es sind Angaben über die zuständigen Behörden, die Dringlichkeit, eventuell früher erlassene EEAen, die betroffene Person, die Art des Verfahrens, die Gründe für den Erlass der EEA, die zusätzlichen Anforderungen bei besonderen Maßnahmen, die einzuhaltenden Verfahrens- und Formvorschriften und die Einlegung von Rechtsbehelfen zu machen.

In der Literatur wurde die Formalisierung des Rechtshilfeverfahrens von einigen Stimmen begrüßt<sup>262</sup>. In der Praxis wird die Einführung der Formblätter hingegen nicht einhellig positiv bewertet. Die Formblätter seien sehr lang, da (im Gegensatz zu einem EuHb-Formular) eine Vielzahl von verschiedenen Beweiserhebungsmaßnahmen aufgezählt wird. Dies führe zur Unübersichtlichkeit und einem erschwerten Ausfüllen der Dokumente. Einige Staatsanwaltschaften haben die Initiative ergriffen und andere Mustervorlagen geschaffen<sup>263</sup>.

Im Zusammenhang mit dem Ausfüllen der Formulare stellt sich ein weiteres Problem. So gilt es abzuwarten, ob die handelnden Anordnungsbehörden diese Formulare hinreichend begründet ausfüllen werden. Dieses Problem stellt sich, wie oben gesehen, ebenso bei Ausfüllung des EuHb-Formulars. Trotz Kenntnis dieses Missstandes sieht die RL jedoch keine Konsequenzen oder Sanktionen bei unvollständiger Ausfüllung des Formulars vor, wie bspw. ein Rückgaberecht an den Anordnungsstaat, wie im Falle von Art. 9 Abs. 3 iVm Art. 2 c) RL (unzuständige Anordnungsbehörde). Es wird lediglich eine Informationspflicht der Vollstreckungsbehörde vorgesehen, wenn diese nicht über Anerkennung oder Vollstreckung entscheiden kann, weil das Formular nicht vollständig oder offensichtlich unrichtig ausgefüllt

---

<sup>261</sup> Dazu mehr unter Punkt A. II. 5 d) cc) und auch Ahlbrecht zu einer vorherigen Fassung der RL (Ratsdok. 18918/11) in StV, 2013, S. 117.

<sup>262</sup> Roux-Demare, *De l'entraide pénale à l'Europe pénale*, Dalloz, Paris, 2014, S. 118; Bachmaier Winter, *European investigation order for obtaining evidence in the criminal proceedings – study of the proposal for a European directive*, ZIS, 2010, S. 589; Zimmermann, *ZStW*, 2015, S. 175.

<sup>263</sup> S. im Annex der Arbeit ein Muster der Staatsanwaltschaft Straßburg in Kooperation mit der Staatsanwaltschaft Offenburg speziell für den deutsch-französischen Rechtshilfeverkehr.

wurde, s. Art. 16 Abs. 2 a) RL. Somit kommt es zumindest zu einem Aufschub der Vollstreckung.

#### cc) Sprache

Art. 5 Abs. 2 der RL sieht vor, dass jeder Mitgliedstaat angibt, welche Amtssprache(n) der Organe der Union, außer seiner eigenen Amtssprache, beim Ausfüllen oder bei Übersetzung der EEA in den Fällen verwendet werden kann, wenn der betreffende Mitgliedstaat selbst Vollstreckungsstaat ist. Der Anordnungsstaat hat sodann die EEA entweder in die Amtssprache des Vollstreckungsstaats oder in eine, vom Vollstreckungsstaat gem. Art. 5 Abs. 2 RL angegebene, andere Sprache zu übersetzen.

Sowohl die Übersetzungspflicht, als auch die Angabe einer zweiten Amtssprache ist so zum ersten Mal für den sonstigen Rechtshilfeverkehr geregelt. Jedoch ist fraglich, inwiefern die Mitgliedstaaten von dieser Option Gebrauch machen werden, beziehungsweise müssen. Sorge bereitet der Umstand, dass auch der Rahmenbeschluss zum EuHb eine vergleichbare Regelung vorsieht, die jedoch nicht von allen Mitgliedstaaten umgesetzt wurde. So machte beispielsweise Frankreich von dieser Option, aufgrund der Befürchtung, dass dann die englische Sprache zur inoffiziellen Amtssprache erhoben wird, keinen Gebrauch<sup>264</sup>.

Der Wortlaut der Regelung der RL weicht jedoch von dem Wortlaut des Rahmenbeschlusses zum EuHb ab. So sieht Art. 8 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses vor: *„Der Europäische Haftbefehl ist in die Amtssprache oder eine der Amtssprachen des Vollstreckungsstaats zu übersetzen. Jeder Mitgliedstaat kann zum Zeitpunkt der Annahme dieses Rahmenbeschlusses oder später (...) angeben, dass er eine Übersetzung in eine oder mehrere weitere Amtssprachen der Organe der Europäischen Gemeinschaften akzeptiert.“* In der RL heißt es hingegen in Art. 5 Abs. 2: *„Jeder Mitgliedstaat gibt an, welche Amtssprache(n) der Organe der Union außer seiner/seinen eigene(n) Amtssprache(n) beim Ausfüllen oder bei der Übersetzung der EEA in den Fällen verwendet werden kann (können), wenn der betreffende Mitgliedstaat selbst Vollstreckungsstaat*

---

<sup>264</sup> Cartier, Le mandat d'arrêt européen, Bruylant, Brüssel, 2005, S. 85.

*ist.*“ (eigene Hervorhebung)

Der Wortlaut der RL hat mithin einen verbindlicheren Charakter. Der Vergleich mit der Vorschrift des Rahmenbeschlusses könnte den Schluss darauf zulassen, dass im Rahmen der sonstigen Rechtshilfe die Angabe einer Amtssprache der Union zwingend ist und den Mitgliedern im Rahmen der Umsetzung diesbezüglich kein Handlungsspielraum zukommt. Deutschland ist dieser Aufforderung nicht nachgekommen. In einer Stellungnahme des Deutschen Bundestages heißt es dazu, dass die Bearbeitung einer ausländischen EEA, die nicht ins Deutsche übersetzt wurde, mit einem erheblichen zeitlichen Mehraufwand verbunden sein werde. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die zuständigen Stellen einheitlich Englisch oder eine andere Amtssprache der Union sprechen<sup>265</sup>.

Mithin muss eine EEA, die an eine deutsche Vollstreckungsbehörde gerichtet wird, zwingend ins Deutsche übersetzt werden.

#### b) Materielle Veränderungen bei Erlass einer EEA

##### aa) Art. 1 Abs. 4 RL

Die RL enthält zum ersten Mal einen Hinweis darauf, dass ihre Bestimmungen nicht die Verpflichtung eines Mitgliedstaates zur Achtung der Grundrechte und der Rechtsgrundsätze, die in Art. 6 EUV, der auf die EuGrCh verweist, verankert sind, einschließlich von Verteidigungsrechten von Personen, gegen die ein Strafverfahren geführt wird, berührt. Diese verstärkte Grundrechtsbindung findet auch in dem erstmalig so vorgesehenen europäischen ordre-public Vorbehalt in Art. 11 Abs. 1 f) RL Ausdruck<sup>266</sup>. Somit sind sowohl der Anordnungs-, als auch der Vollstreckungsstaat gesetzlich ausdrücklich dazu verpflichtet, eine EEA auf ihre Übereinstimmung mit der EuGrCh und der EMRK zu prüfen.

Es wird zu beobachten sein, ob dieser Vorbehalt die erhoffte Schutzwirkung für die betroffene Person entfalten wird und wie oft die Mitgliedstaaten auf diesen, sehr allgemein gehaltenen,

---

<sup>265</sup> Deutscher Bundestag, Stellungnahme v. 26.09.2016, Nr. 18/9757, Art. 5.

<sup>266</sup> Vogel/Eisele, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 82 AEUV Rn 72; Leonhardt, Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, S. 57., 60 ff.; Brodkowski, ZIS, 2015, S. 95.

Versagungsgrund in Art. 11 Abs. 1 f) RL zurückgreifen werden.

bb) Art. 6 RL

Art. 6 RL statuiert allgemeine Voraussetzungen, die bei dem Erlass einer jeden EEA vorliegen müssen.

aaa) Verhältnismäßigkeit

So sieht Art. 6 Abs. 1 a) RL vor, dass der Erlass einer EEA für die Zwecke des Verfahrens verhältnismäßig und notwendig sein muss. Es handelt sich um eine erstmalige explizite Verhältnismäßigkeitsschranke. Eine ergänzende Regelung, wonach im Falle einer unverhältnismäßigen Anordnung die Vollstreckungsbehörde auf eine andere Maßnahme zurückgreifen kann, findet sich in Art. 10 Abs. 3 RL<sup>267</sup>.

In Erwägungsgrund Nr. 11 der Präambel der RL werden dem Rechtsanwender Abwägungskriterien zur Bestimmung der Verhältnismäßigkeit an die Hand gelegt. So heißt es, dass von der EEA nur dann Gebrauch gemacht werden soll, wenn die Vollstreckung in dem betreffenden Fall verhältnismäßig, angemessen und durchführbar erscheint. Daher soll sich die Anordnungsbehörde vergewissern, dass das erbetene Beweismittel notwendig sei und in angemessenem Verhältnis zu dessen Zweck stehe und ob ein ausländischer Staat an der Beweiserhebung beteiligt werden sollte.

Die Einführung eines solchen, allgemeinen Verhältnismäßigkeitsvorbehalts geht auf eine Anregung des Grünbuchs der Kommission zurück. Die Einführung der Vorschrift gab jedoch schon bei Erlass des Grünbuchs Anlass zu Kritik. So wurde bezweifelt, dass die Einführung einer EEA, basierend auf dem Grundsatz gegenseitiger Anerkennung, die Rechtshilfe verbessern werde, wenn doch offensichtlich die Rechtsstaatlichkeit der Strafverfahrenspraxis einiger Mitgliedsländer in Frage stehe. Das Erfordernis einen allgemeinen Aufruf zur Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips in die RL aufzunehmen, beweise, dass einige Strafverfahrenspraxen nicht rechtstaatlich sind, so dass auch das notwendige Vertrauen zum

---

<sup>267</sup> Ambos, ZIS, 2010, S. 557. So auch von der European Criminal Policy Initiative gefordert, s. Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht, European Criminal Policy Initiative ([www.crimpol.eu](http://www.crimpol.eu)), ZIS, 2013, S. 412 ff.

Funktionieren des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung nicht bejaht werden könne<sup>268</sup>. Die Einführung eines solchen unionsrechtlichen *ordre public* - Vorbehalts soll mithin die Anwendung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung beschränken, so dass aber fraglich sei, wieso er dann überhaupt eingeführt wurde<sup>269</sup>. In dieser Vorschrift könne auch keine Harmonisierungstendenz erkannt werden, da diese *ordre public* - Vorschrift einen unionsrechtlichen Anknüpfungspunkt innehat und damit keinen Einfluss auf die nationalen Verhältnismäßigkeitsbegriffe ausüben werde<sup>270</sup>. Dies begründet die zusätzliche Gefahr, dass die Mitgliedstaaten diesen Vorbehalt unterschiedlich weit auslegen und es somit zu einer unterschiedlichen Rechtsprechungspraxis unter den Mitgliedstaaten komme.

Dem könnte entgegengehalten werden, dass allein ein (deklaratorischer) Hinweis auf die Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht unmittelbar den Schluss darauf zulässt, dass dieser von den Mitgliedstaaten nicht (hinreichend) berücksichtigt werde. Vielmehr ist der Hinweis als Reaktion auf die übermäßige Anwendung des EuHb, der aufgrund eines notwendigen Freiheitsentzugs einen besonders schweren Eingriff darstellt, zu sehen. Es wird zu beobachten sein, ob die damit bezweckte Appelfunktion Wirksamkeit entfaltet.

bbb) „forum shopping“

Art. 6 Abs. 1 b) RL sieht vor, dass eine Anordnungsbehörde eine EEA nur dann erlassen darf, wenn die darin angegebene Ermittlungsmaßnahme auch in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall unter denselben Bedingungen hätte angeordnet werden können. Damit soll das so genannte „forum shopping“ verhindert werden, mithin die Ausnutzung von ausländischen Rechtssystemen, die niedrigere gesetzliche Anforderungen an eingriffsintensive Maßnahmen stellen<sup>271</sup> („*maximale Punitivität*“<sup>272</sup>) oder die von einer begrenzten Strafverteidigerkultur, als „*Ausdruck eines liberalen Rechtsverständnisses*“<sup>273</sup>, gekennzeichnet

---

<sup>268</sup> Ambos, ZIS, 2010, S. 564.

<sup>269</sup> So ebenfalls für den „ne bis in idem“-Grundsatz als *ordre public* - Vorbehalt und unionsrechtliche Schranke des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung: Böse, HRRS, 2012, S. 19 ff.

<sup>270</sup> Böse, HRRS, 2012, S. 19 ff.

<sup>271</sup> Kühne, Strafprozessrecht, S. 50.

<sup>272</sup> Ahlbrecht, StV, 2013, S. 120.

<sup>273</sup> Ahlbrecht, StV, 2013, S. 120.

sind.

### c) Übermittlung einer EEA

Art. 7 RL regelt die verschiedenen Übermittlungsverfahren einer EEA. Diese soll unmittelbar zwischen der Anordnungs- und Vollstreckungsbehörde oder, falls eine solche eingerichtet wurde, einer zentralen Behörde, Art. 7 Abs. 3 RL erfolgen.

Der Grundsatz des unmittelbaren Austausches zwischen den zuständigen nationalen Behörden oder den jeweils zentralen Behörden ist in dieser vereinfachten Form so zum ersten Mal vorgesehen. Sah das Übereinkommen 1959 noch eine Übermittlung zwischen Justizministerien vor, vgl. Art. 15, war schon von dem Übereinkommen 2000 vorgesehen, dass Übermittlungen „in besonderen Fällen“ zwischen den zuständigen Behörden erfolgen können, vgl. Art. 6. Jedoch enthält dieser Art. 6 eine komplizierte Regel-Ausnahme-Vorschrift, die nur schwer den gesetzlich vorgeschriebenen Übermittlungsweg nachvollziehen lässt. Die Statuierung des unmittelbaren Austausches zwischen den zuständigen Anordnungs- und Vollstreckungsbehörden führt zu einer Vereinfachung und Klarheit in der Praxis.

Es wird in Art. 7 Abs. 4 RL zudem erstmals geregelt, dass eine Übermittlung über das Telekommunikationssystem des Europäischen Justiziellen Netzes (EJN), das mit der Gemeinsamen Maßnahme 98/428/JI des Rates<sup>274</sup> errichtet wurde, erfolgen kann.

Im Rahmen des Übermittlungsverfahrens werden auch erhöhte Anforderungen an die Anordnungsbehörde gestellt. So sieht Art. 7 Abs. 5 RL vor, dass im Falle einer unbekanntem Vollstreckungsbehörde die Anordnungsbehörde aufgefordert ist, Anstrengungen zu unternehmen, um die zuständige Behörde in Erfahrung zu bringen (bspw. auch über Kontaktstellen des EJN). So sieht auch Art. 7 Abs. 7 RL vor, dass allgemein alle Schwierigkeiten bezüglich der Übermittlung einer EEA zwischen den beteiligten Anordnungs- und Vollstreckungsbehörden oder ggf. unter Einschaltung der zentralen Behörden der Mitgliedstaaten zur Sprache gebracht werden sollen. Die RL enthält diesbezüglich eine

---

<sup>274</sup> 98/428/JI: Gemeinsame Maßnahme vom 29. Juni 1998 – vom Rat aufgrund von Artikel K.3 des Vertrages über die Europäische Union angenommen – zur Einrichtung eines Europäischen Justiziellen Netzes, Amtsbl. Nr. L 191 v. 07.07.1998, S. 4-7.

verstärkte Kooperationspflicht der beteiligten Behörden.

#### d) Eingang einer EEA im Vollstreckungsstaat

##### aa) Vollstreckungsbehörde

Die Mitgliedstaaten benennen ihre Vollstreckungsbehörden iSd Art. 2 d) RL. Die RL verweist in dieser Vorschrift zudem explizit auf mögliche Richtervorbehalte nach nationalem Recht.

Art. 7 Abs. 6 RL sieht vor, dass eine EEA, die an eine unzuständige Vollstreckungsbehörde weitergeleitet wurde, von Amts wegen an die zuständige Stelle weiterzuleiten ist.

##### bb) Materielle Prüfungskompetenz der Vollstreckungsbehörde

Die RL statuiert in Art. 9 Abs. 1 RL eine allgemeine Vollstreckungspflicht einer EEA. So heißt es darin:

*„Die Vollstreckungsbehörde erkennt eine nach dieser Richtlinie übermittelte EEA ohne jede weitere Formalität an und gewährleistet deren Vollstreckung in derselben Weise und unter denselben Modalitäten, als wäre die betreffende Ermittlungsmaßnahme von einer Behörde des Vollstreckungsstaats angeordnet worden, es sei denn, die Vollstreckungsbehörde beschließt, einen der Gründe für die Versagung der Anerkennung oder der Vollstreckung oder einen der Gründe für den Aufschub der Vollstreckung nach dieser Richtlinie geltend zu machen.“*

Art. 9 Abs. 1 S. 1 RL ist Ausfluss des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung. Aus dieser Vorschrift ergibt sich auch der beschränkte Prüfungsrahmen der Vollstreckungsbehörde<sup>275</sup>. Die

---

<sup>275</sup> Diese durch den Grundsatz gegenseitiger Anerkennung bedingte Beschränkung der Prüfungsmöglichkeit zeigt sich auch an diversen Urteilen des französischen Kassationsgerichtshofs hinsichtlich des EuHb: „Le juge de l'Etat d'exécution voit sa marge de manoeuvre doublement limitée. Non seulement il est obligé de consentir à la remise d'un individu si les conditions légales de l'exécution du MAE sont réunies; mais l'étendue de son contrôle est, au surplus, limitée. Il est amené à réaliser un examen de la régularité formelle d'une demande de remise, excluant ipso facto l'appréciation du bien-fondé de la poursuite exercée par l'autorité judiciaire de l'Etat d'émission“; demnach erfolgt lediglich eine Kontrolle hinsichtlich offensichtlicher Fehler oder Lücken im Rahmen des Sachverhalts oder deren rechtlichen Beurteilung : Crim., Urt. v. 15.12.2010, Nr. 10-88.204 - legifrance; Crim., Urt. v. 20.05.2008, Nr. 08-82.902, inédit – courdecassation.fr; Aubert, Droit de l'Union européenne-Application par les juridictions internes, RSC, 2011, S. 471; Crim., Urt. v. 05.04.2006, 06-81.835, Bull. crim., 2006, Nr. 106 (im Rahmen einer Katalogstraftat (Teilnahme an einer terroristischen Organisation) und damit keine Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit); Achaintre, La France face au mandat d'arrêt européen in Rossetto/Berramdane, Regards sur le droit de l'Union Européenne après l'échec du traité constitutionnel, PUF, 2007, Tours, S. 265 ff.



Vollstreckungsbehörde darf in formeller Hinsicht nur prüfen, ob die EEA von einer Anordnungsbehörde iSd Art. 2 RL ergangen ist, vgl. Art. 9 Abs. 3 RL. Damit wird sichergestellt, dass die EEA entweder von einem Staatsanwalt oder einem Richter erlassen oder zumindest validiert wurde.

In materieller Hinsicht wird geprüft, ob mögliche Versagungsgründe der Vollstreckung einer EEA entgegenstehen. Art. 11 RL sieht dabei einen begrenzten Katalog mit Versagungsgründen vor.

Die Vollstreckungsbehörde ist nunmehr aber ausdrücklich auch dazu ermächtigt, die Verhältnismäßigkeit einer EEA zu kontrollieren (s. Artt. 6 Abs. 1 a), 10 Abs. 3 RL)<sup>276</sup>. Damit wurden die Defizite, die im Auslieferungsverkehr auf Grundlage eines EuHb bestanden, aufgegriffen und eine explizite Verhältnismäßigkeitsschranke normiert. Wenn die Vollstreckungsbehörde eine EEA für unverhältnismäßig hält, steht ihr gem. Art. 6 Abs. 3 RL ein Konsultationsrecht zu. Sie kann, wenn sie Grund zu der Annahme hat, dass die in Art. 6 Abs. 1 RL genannten Voraussetzungen nicht erfüllt sind, die Anordnungsbehörde zu der Frage, wie wichtig die Durchführung der EEA ist, befragen. Nach der Konsultation kann die Anordnungsbehörde entscheiden die EEA zurückzuziehen.

Art. 10 Abs. 3 RL besagt ergänzend, dass die Vollstreckungsbehörde von der EEA abweichend eine Maßnahme mit „weniger einschneidenden Mittel“ zur Vollstreckung wählen kann, um so der Anordnung zur Verhältnismäßigkeit und Durchführung zu verhelfen.

Der Forderung aus der Literatur<sup>277</sup> einen Verhältnismäßigkeitsvorbehalt gesetzlich zu statuieren

---

(Rn. 5, 18) (<http://books.openedition.org/pufr/2303?lang=fr>, Stand 21.02.2017); jedoch teilweise Prüfung s. Crim., Urt. v. 01.06.2004, Nr. 04-83.662 – courdecassation (Versagung der Vollstreckung eines EuHb, da Taten überwiegend in Frankreich begangen wurden); Abweichung jedoch von dieser Territorialitätsprüfung, s. Crim., Urt.v. 12.06.2016, Nr. 16-84000 - legifrance.

<sup>276</sup> Ambos, ZIS, 2010, S. 557. So auch von der European Criminal Policy Initiative gefordert, s. Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht, European Criminal Policy Initiative ([www.crimpol.eu](http://www.crimpol.eu)), ZIS, 2013, S. 412 ff.

<sup>277</sup> Ahlbrecht, StV, 2013, S. 117; Bericht der Kommission über die seit 2007 erfolgte Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates v. 13.06.2002 über den EuHb und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, KOM(2011) 175 endg. S. 6, 8.

ist man damit umfassend nachgekommen.

#### cc) Nationale Richtervorbehalte

Der (deklaratorische) Hinweis in Art. 2 d) RL auf mögliche nationale Richtervorbehalte verfolgt den Zweck die Mitgliedstaaten für die Existenz solcher Richtervorbehalte zu sensibilisieren und diese gesetzlichen Vorbehalte auch im unionsrechtlichen Rechtshilfeverkehr zu schützen.

Richtervorbehalte gelten als Ausfluss des Rechts des Beschuldigten auf den gesetzlichen Richter<sup>278</sup>. Fraglich ist jedoch, ob die von dem Richtervorbehalt intendierte Schutzwirkung im Rahmen einer Rechtshilfehandlung Wirksamkeit entfalten kann. Dies könnte aus dem Grund verneint werden, dass die richterliche Vollstreckungsinstanz aufgrund des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung in ihrer Prüfungskompetenz beschränkt ist, s. Art. 9 Abs. 1 RL.

Der Richtervorbehalt dient dem Schutz des Beschuldigten vor unverhältnismäßigen Eingriffen in seine Grundrechte. Der Vorbehalt ist folglich im Rahmen von eingriffsintensiven Maßnahmen vorgesehen, so dass die Einschaltung des Richters garantieren soll, dass die Maßnahme verhältnismäßig und notwendig ist<sup>279</sup>. Solche Vorbehalte entfalten folglich erst dann ihre Wirkung, wenn dem Richter eine materielle Prüfungskompetenz zukommt. In diesem Sinne entschied auch das deutsche Bundesverfassungsgericht als es verlangte, dass der Richter „*eigenverantwortlich*“ den zur Anordnung erforderlichen Anfangsverdacht, sowie die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme überprüfen können muss<sup>280</sup>.

Im Rahmen einer EEA besteht diese umfassende materielle Prüfungskompetenz hingegen nicht. Die Einschaltung des Richters, der „*aufgrund seiner persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit und seiner strikten Unterwerfung unter das Gesetz (Art. 97 GG) die Rechte des Betroffenen im Einzelfall am besten und sichersten wahren*“<sup>281</sup> kann, vermag die vorgesehene Schutzwirkung nicht zu entfalten<sup>282</sup>. Zudem kann sich der Richter nur auf das ausgefüllte Formularblatt stützen. Gerichtsakten werden ihm (anders noch gem. Art. 5 des

---

<sup>278</sup> Brüning, ZIS, 2006, S. 29.

<sup>279</sup> BverfG, Urt. v. 20.02.200, Az.: 2 BvR 1444/00, Rn 34 – lexetius.

<sup>280</sup> BverfG, Urt. v. 20.02.2001, Az.: 2 BvR 1444/00, Rn 36 – lexetius.

<sup>281</sup> BverfG, Urt. v. 20.02.200, Az.: 2 BvR 1444/00, Rn 34 – lexetius.

<sup>282</sup> S.a. Ahlbrecht, StV, 2013, S. 117.

Übereinkommens 2000) nicht mehr zur Verfügung gestellt<sup>283</sup>. Hinsichtlich der Prüfung eines Tatverdachts ist er z.B. auf eine Plausibilitätsprüfung beschränkt<sup>284</sup>.

Dem könnte entgegengehalten werden, dass ein Richter in Bezug auf eine EEA sowohl das Vorliegen von Versagungsgründen (s. Art. 11 RL) als auch die Verhältnismäßigkeit und die Konformität mit den Grundrechten aus der EuGrCh sowie der EMRK prüfen kann. Hier wirft sich aber wiederum die Frage auf, inwieweit der Richter aufgrund der begrenzten Informationen, die ihm zur Verfügung stehen, dieser Prüfung gerecht werden kann.

Diesen Vorbehalten wird in der Literatur teilweise entgegengehalten, dass selbst bei Inlandssachverhalten das „Ob“ einer Maßnahme (spezifisch bei einer Durchsuchung) einer rechtlichen Überprüfung häufig standhält; Probleme ergeben sich erst bei der Frage der rechtmäßigen Vollstreckung<sup>285</sup>.

Den Bedenken könnte auch damit begegnet werden, wenn dem Betroffenen die Möglichkeit offenstände, die Anordnung der EEA als „gerichtliche Entscheidung“ (s. Art. 1 Abs. 1 RL) auch in dem Anordnungsstaat rechtlich überprüfen zu lassen. Dann könnte er insoweit als hinreichend geschützt gelten. So besagt auch Art. 14 Abs. 2 RL, dass die Anordnung einer Maßnahme gemäß den nationalen Vorschriften des Anordnungsstaates zu überprüfen ist. Dieser Schutz greift demnach aber nur, wenn im Anordnungsstaat eine rechtliche Überprüfung der Anordnung einer EEA vorgesehen ist. Die RL verpflichtet die Mitgliedstaaten gerade nicht eine solche Rechtsschutzmöglichkeit in ihren nationalen Rechtsordnungen vorzusehen. Wenn ein Gericht aber keinen Rechtsschutz vorsieht, ist der Betroffene insoweit schutzlos gestellt. Diese Gefahr ist begründet. So zeigt sich beispielsweise im französischen Recht, dass die Anordnung einer TKÜ-Maßnahme nicht angefochten werden kann (Art. 100 CPP).

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die nationalen Richtervorbehalte auf Vollstreckungsseite in ihrer Wirkung aufgrund einer beschränkten Prüfkompetenz und Kenntnis

---

<sup>283</sup> Dicker, Die Europäische Union auf dem Weg zu einem einheitlichen Strafverfolgungsraum?, S. 77.

<sup>284</sup> KG Berlin, Beschl. v. 15.10.2012, Az.: (4) 151 Ausl. A 114/12 (166/12) – openjur; OLG Zweibrücken, Beschluss v. 16.01.2008, Az.: 1 Ausl. 28/07 - juris; Schuster, StV, 2015, S. 396.

<sup>285</sup> Schuster, StV, 2015, S. 3967.

von dem zugrundeliegenden Sachverhalt beschränkt sind. Diese Beschränkungen werden auch nicht vollständig durch das Rechtshilfesystem, wie es von der RL vorgesehen ist, wettgemacht.

Wenn die Richter auf Vollstreckungsseite davon ausgehen, dass ihre Prüfungskompetenz zu sehr eingeschränkt ist, besteht mithin die Gefahr, dass die Vollstreckung einer EEA aus diesem Grund versagt wird.

#### e) Vollstreckung einer EEA

##### aa) Art. 9 RL

Art. 9 Abs. 2 RL sieht vor, dass der Vollstreckungsstaat die Verfahrens- und Formvorschriften, die der Anordnungsstaat in dem EEA-Formular angegeben hat, einzuhalten hat („forum regit actum“)<sup>286</sup>. Eine solche Verbindlichkeit ist erstmals in der RL vorgesehen (s. noch die unverbindliche Regelung des Art. 4 Übereinkommen 2000<sup>287</sup>). Der Grundsatz des „forum regit actum“ dient der Sicherstellung der Verwertbarkeit der im Ausland erhobenen Beweismittel im jeweiligen Anordnungsstaat<sup>288</sup>.

Damit wendet der Vollstreckungsstaat grundsätzlich nur dann sein eigenes Recht zur Vollstreckung der Maßnahme an, wenn der Anordnungsstaat keine spezifischen Vorschriften angegeben hat. Dies gilt jedoch auch dann, wenn die RL etwas anderes bestimmt oder die Vorschriften des Anordnungsstaates im Widerspruch zu wesentlichen vollstreckungsstaatlichen Rechtsgrundsätzen stehen (so genannter nationaler ordre public - Vorbehalt<sup>289</sup>).

Mithin kann der Vollstreckungsstaat verpflichtet sein ein fremdes Recht auf die Vereinbarkeit mit den eigenen wesentlichen Rechtsgrundsätzen zu überprüfen und anzuwenden. *Leonhardt*

---

<sup>286</sup> Zimmermann, ZStW, 2015, S. 150.

<sup>287</sup> Harris, Mutual Recognition from a Practical Point of View: Cosmetic or Radical Change? in de Kerchove/Weyembergh, L'espace pénal européen : enjeux et perspectives, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, S. 106.

<sup>288</sup> BGH, Beschl. v. 15.03.2007, Az.: 5 StR 53/07 – hrr-strafrecht zu Art. 4 EURhÜbk: Die Frage, ob ein im Ausland auf ein Rechtshilfeersuchen hin erhobener Beweis im ersuchenden Mitgliedstaat verwertbar ist, richtet sich nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nach dem Recht des ersuchenden Mitgliedstaats (deutsches Ersuchen an Frankreich; richterliche Vernehmung eines Zeugen ohne der Pflicht der Benachrichtigung des Verteidigers iSv § 168c StGB nachgekommen zu sein und Verwertung der Aussage in Deutschland); Leonhardt, Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, S. 40.

<sup>289</sup> Leonhardt, Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, S. 40.

sieht darin eine erhöhte Gefahr der Fehleranfälligkeit in der Rechtsanwendung, die sich auch in der Beweisverwertbarkeit niederschlagen kann. Dieser modifizierte Grundsatz des „forum regit actum“ sei aber nichtsdestotrotz erforderlich, um eine größtmögliche Verwertbarkeit der Beweismittel sicherzustellen und um den Vollstreckungsstaat davor zu schützen ein Recht anzuwenden, das mit eigenen nationalen Grundprinzipien kollidiert<sup>290</sup>.

Art. 9 Abs. 4 RL sieht zudem erstmals vor, dass ausländische Behörden um die Teilnahme an dem Vollstreckungsverfahren im Ausland ersuchen können, soweit die benannten Behörden des Anordnungsstaats in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall an der Durchführung der Ermittlungsmaßnahme mitwirken könnten. Die Vollstreckungsbehörde entspricht dem Ersuchen, sofern diese Unterstützung weder den wesentlichen Rechtsgrundsätzen, noch den nationalen Sicherheitsinteressen des Vollstreckungsstaats zuwiderläuft.

Mit dieser Teilnahmemöglichkeit geht eine Auflockerung des Territorialitätsgrundsatzes einher. Aufgrund der Formulierung ist jedoch erkennbar, dass die Teilnahme als Instrument der traditionellen Rechtshilfe ausgestaltet ist, denn sie ergeht in Form eines „Ersuchens“, dessen Zustimmung im Ermessen der Anordnungsbehörde steht. Folglich regelt die RL keine Verpflichtung des Vollstreckungsstaates, ausländische Behörden an der Maßnahme zu beteiligen.

Art. 9 RL, der die allgemeinen Vollstreckungsmodalitäten enthält, endet mit einer erneuten Aufforderung an die zuständigen Behörden miteinander zu kommunizieren. So besagt dessen Abs. 6, dass Anordnungsbehörde und Vollstreckungsbehörde sich einander in geeigneter Weise konsultieren können, um die effiziente Anwendung dieses Artikels zu erleichtern. Dies kann zum Beispiel erforderlich sein, um Sinn und Zweck der vorgegebenen Verfahrens- und Formvorschriften des Anordnungsstaates zu verstehen, wie auch noch im zweiten Teil der Arbeit zu untersuchen sein wird.

bb) Art. 10 RL

Bevor die RL in Art. 11 RL die Versagungsgründe für die Vollstreckung einer EEA aufzählt,

---

<sup>290</sup> Leonhardt, Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, S. 40.

sieht ihr Art. 10 in gewissen Konstellationen die Möglichkeit des Rückgriffs auf eine andere Maßnahme vor. Unter Berücksichtigung des Ziels der RL, die sonstige Rechtshilfe in Strafsachen effizienter zu gestalten und der systematischen Stellung des Art. 10 RL kann davon ausgegangen werden, dass die Geltendmachung eines Versagungsgrundes subsidiär ist und zunächst der Rückgriff auf eine andere Ermittlungsmaßnahme geprüft werden muss.

Die Vorschrift besagt zunächst, dass immer dann auf eine andere Maßnahme zurückzugreifen ist, wenn die angeordnete Maßnahme nach nationalem Recht entweder nicht besteht, Art. 10 Abs. 1 a), oder die Maßnahme in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht zur Verfügung stehen würde, Art. 10 Abs. 1 b) RL (Bsp. Strafunmündigkeit, Katalogtat, etc.). Wenn in diesen Fällen aber keine vergleichbaren Maßnahmen zur Verfügung stehen, kommt es zu einem „*faktischen Ablehnungsgrund*“<sup>291</sup> und der Pflicht, die Anordnungsbehörde hierüber zu unterrichten, vgl. Art. 10 Abs. 5 RL.

Art. 10 Abs. 2 RL sieht Ausnahmen für bestimmte eingriffsschwache Maßnahmen vor (z.B. die Herausgabe bereits erhobener Beweismittel, die Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen, des Opfers oder einer beschuldigten Person, nicht invasive Maßnahmen nach dem Recht des Vollstreckungsstaats, die Identifizierung von Inhabern eines bestimmten Telefonanschlusses oder einer IP-Adresse). Dem Wunsch die Versagungsgründe aus Art. 11 RL nur auf intensive Eingriffsmaßnahmen zu beschränken, kam die RL zwar nicht nach. Der Vollstreckungsstaat kann in solchen Fällen aber zumindest nicht auf andere Maßnahmen gem. Art. 10 RL zurückgreifen. Die Möglichkeit der Versagung aus Art. 11 RL besteht weiterhin (mit Ausnahme der Versagungsgründe aus Art. 11 Abs. 1 g), h), Abs. 2 RL). Dieser Lösungsansatz wurde von der Literatur positiv aufgenommen<sup>292</sup>.

cc) Art. 11 RL

Art. 11 Abs. 1 RL sieht einen starren Katalog mit Versagungsgründen vor<sup>293</sup>. Das Vorsehen von

---

<sup>291</sup> Brodkowski, ZIS, 2015, S. 95.

<sup>292</sup> Ahlbrecht, StV, 2015, S. 118 und Verweis auf: Rackow, in Europäisches Strafrecht post-Lissabon, S. 117 (132).

<sup>293</sup> Vgl. Interinstitutionellen Dossiers des Rates der EU, 2010/0817 (COD), 15531/10 v. 29.10.2010, S. 6. So hieß es noch in Art. 2 Übereinkommen 1959, dass ein Ersuchen abgelehnt werden kann, wenn dessen Erledigung geeignet ist, die Souveränität, Sicherheit, Ordnung oder wesentliche Landesinteressen zu beeinträchtigen.

Versagungsgründen stellt eine Schranke für die Anwendung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung dar<sup>294</sup>. Die Versagungsgründe der RL sind jeweils fakultativ ausgestaltet. Es obliegt den Mitgliedstaaten darüber zu entscheiden, ob diese Versagungsgründe in den nationalen Rechtsordnungen fakultativ oder obligatorisch ausgestaltet werden<sup>295</sup>.

Der Versagungsgrund aus Art. 11 Abs. 1 a) RL greift, wenn nach dem Recht des Vollstreckungsstaates Immunitäten oder Vorrechte bestehen, die es unmöglich machen, die EEA zu vollstrecken, oder wenn Vorschriften zur Bestimmung und Beschränkung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit in Bezug auf die Pressefreiheit und die Freiheit der Meinungsäußerung in anderen Medien bestehen, die die Vollstreckung der EEA unmöglich machen.

Art. 11 Abs. 1 b) RL schützt wesentliche nationale Sicherheitsinteressen, sowie Informationsquellen und stipuliert einen Versagungsgrund auch für den Fall, dass die Vollstreckung die Verwendung von Verschlusssachen über spezifische nachrichtendienstliche Tätigkeiten voraussetzen würde.

Art. 11 Abs. 1 c) RL erklärt die Vollstreckung einer EEA für unzulässig, wenn die Anordnung einer solchen Ermittlungsmaßnahme in einem innerstaatlich gleichgelagerten Fall nicht zur Verfügung stehen würde. Dieser Versagungsgrund beschränkt sich jedoch auf Verfahren im Sinne von Art. 4 b), c) RL. Im Rahmen von „*Administrativsanktionenverfahren*“<sup>296</sup> wird also eine Ausnahme von dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gemacht.

Art. 11 Abs. 1 d) RL regelt als allgemeinen Versagungsgrund die Verletzung des Grundsatzes des „ne bis in idem“. Dieser Versagungsgrund wurde nach allgemeiner Kritik in die endgültige Fassung aufgenommen, da es sich bei dem Verbot der Doppelbestrafung um einen tragenden Rechtsgrundsatz in allen Mitgliedstaaten, sowie auf europäischer Ebene handelt und in Art. 54 SDÜ, Art. 4 des 7. Protokolls zur EMRK und Art. 50 EU-Grundrechtecharta anerkannt

---

<sup>294</sup> Vogel/Eisele, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 82 AEUV Rn 36.

<sup>295</sup> Cartier, Le mandat d'arrêt européen, Bruylant, Brüssel, 2005, S. 88.

<sup>296</sup> Brodkowski, ZIS, 2015, S. 91.

ist<sup>297</sup>.

Art. 11 Abs. 1 e) RL stärkt den Territorialitäts-, sowie Souveränitätsgrundsatz in dem Falle, dass eine Handlung einerseits außerhalb des Anordnungsstaates und andererseits ganz, oder teilweise im Hoheitsgebiet des Vollstreckungsstaats begangen wurde und diese Handlung im Vollstreckungsstaat keine Straftat darstellt. Auch in diesem Fall kann die Vollstreckung der EEA versagt werden. Damit wird eine Ausnahme zu der partiellen Einschränkung des Grundsatzes der gegenseitigen Strafbarkeit, vgl. Art. 11 Abs. 1 g) RL, geregelt. Grund ist, dass für die Bürger der Mitgliedstaaten eine Rechtssicherheit geschaffen werden soll, so dass sie auf die geltende Rechtsordnung des Mitgliedstaates, in dem sie sich aufhalten, vertrauen können und sich keinem ausländischen Verfahren ausgesetzt sehen<sup>298</sup>.

Art. 11 Abs. 1 f) RL begründet erstmals einen europäischen ordre-public Vorbehalt<sup>299</sup>. Die Vollstreckung einer EEA ist demnach dann zu versagen, wenn diese mit Art. 6 EUV und der EuGrCh unvereinbar ist. Somit kann ein Vollstreckungsstaat die Vollstreckung der EEA versagen, wenn Gründe dafür bestehen, dass die Vollstreckung der EEA zu einer Grundrechtsverletzung des Beschuldigten führt<sup>300</sup>. Es gilt abzuwarten, wann die Mitgliedstaaten von diesem Versagungsgrund Gebrauch machen werden. Eine Gefahr könnte darin bestehen, dass die Charta je nach Mitgliedstaat unterschiedlich ausgelegt wird und einem Betroffenen jeweils unterschiedlich weite Grundrechte zugesprochen werden. Ob die Rechtsprechung des EuGH ein „Korrektiv“<sup>301</sup> darstellen wird, gilt abzuwarten.

Art. 11 Abs. 1 g) RL regelt den Grundsatz der gegenseitigen Strafbarkeit, demnach die Vollstreckung einer EEA versagt werden kann, wenn die Handlung, aufgrund derer die EEA

---

<sup>297</sup> Ahlbrecht, StV, 2013, S. 118.; ECBA-Statement, 9145/10, S. 5.

<sup>298</sup> Zu der Problematik dieser Vorschrift der RL im Zusammenhang mit militärischen Strafverfahren bei Auslandstaten, s. Nijhof, The European Investigation Order and Evidence Requests in Military Criminal Cases: A matter of 'Uniform Application?', European Criminal Law Review, Nomos, Baden-Baden, 2018, S. 375.

<sup>299</sup> Vogel/Eisele, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 82 AEUV Rn 72; Leonhardt, Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, S. 57., 60 ff.; Ronsfeld, Rechtshilfe, Anerkennung und Vertrauen – Die Europäische Ermittlungsanordnung, S. 169; Brodkowski, ZIS, 2015, S. 95.

<sup>300</sup> Hofmann, Flucht, Migration und die neue europäische Sicherheitsarchitektur, S. 111.

<sup>301</sup> Leonhardt, Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, S. 60.



erlassen wurde, nach dem Recht des Vollstreckungsstaates keine Straftat darstellt<sup>302</sup>. Jedoch enthält der Versagungsgrund gleichzeitig auch eine Ausnahme. Wenn die in der EEA bezeichnete Handlung einer Straftat, wie sie im Anhang D der RL aufgelistet sind, entspricht, kann der Vollstreckungsstaat nicht geltend machen, dass diese Handlung auf seinem Hoheitsgebiet keine Straftat darstellt. Dies ist ein Novum in der sonstigen Rechtshilfe und Ausfluss des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung.

Eine entsprechende Regelung findet sich auch in dem Rahmenbeschluss EuHb. Fraglich ist, wie dieser Vorbehalt in die nationalen Rechtsordnungen umgesetzt wird. Es könnte ein Verweis auf den Anhang der Richtlinie, entsprechend § 81 IRG, aufgenommen werden, oder aber die, von der RL vorgesehenen, Deliktskategorien in den nationalen Gesetzestext integriert werden, vgl. Art. 695-23 CPP. Der Verweis auf eine Richtlinie als geltendes, formell ordnungsgemäß verkündetes Sekundärrecht, stellt keine verfassungsrechtlichen Probleme dar<sup>303</sup>.

Im Rahmen des EuHb wurde dieser Straftatenkatalog für zu unbestimmt erachtet. Insbesondere die Deliktsgruppen der „*Cyberkriminalität*“ und der „*Betrugsdelikte*“ erfassten eine Vielzahl von Deliktsarten unterschiedlicher Intensität und Natur. Es bestünde daher die Gefahr, dass die Formulare für einen EuHb ungenügend ausgefüllt oder die tatsächlichen Geschehnisse „aufgeblasen“ werden, damit sie einer solche Katalogtat entsprechen<sup>304</sup>. Dies bemerkten Rechtsanwender sodann auch in der täglichen Auslieferungspraxis<sup>305</sup>.

Im Rahmen der RL wurde der Deliktskatalog unverändert übernommen. Dem Vollstreckungsstaat stehen auch keine Möglichkeiten offen zu überprüfen, ob die angegebenen Tatsachen „aufgeblasen“ worden sind; Verfahrensakten liegen ihm nicht (mehr) vor. Hier kommt der Erklärung der Echtheit und Genauigkeit der angegebenen Tatsachen seitens des

---

<sup>302</sup> Inwiefern diese Vorschrift ebenso im Zusammenhang mit militärischen Strafverfahren bei Auslandstaaten problematisch ist, s. Nijhof, *The European Investigation Order and Evidence Requests in Military Criminal Cases: A matter of 'Uniform Application'?*, *European Criminal Law Review*, Nomos, Baden-Baden, 2018, S. 374.

<sup>303</sup> Vgl. auch BverfG zu sog. „dynamischen Verweisungen“, *Beschl. v. 21.09.2016, Az.: 2 BvL 1/15, Rn 43 – lexetius*.

<sup>304</sup> Gréciano, *Critique de la coopération judiciaire internationale et européenne du point de vue allemand*, *Gazette du Palais*, 2008, Nr. 253, S. 12.

<sup>305</sup> EuroNEEDS, - *Evaluating the need for and the needs of a European Criminal Justice System*, Januar 2011, [https://www.mpicc.de/files/pdf1/euroneeds\\_report\\_jan\\_2011.pdf](https://www.mpicc.de/files/pdf1/euroneeds_report_jan_2011.pdf) (Stand 11.08.2017).

Anordnungsstaats (vgl. Art. 5 Abs. 1 S. 1 HS 2 RL) eine besondere Bedeutung zur Stärkung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung zu.

Art. 11 Abs. 1 h) RL sieht einen Versagungsgrund vor, wenn die Ermittlungsmaßnahme nach nationalem Recht nur bei gewissen Katalogtaten angeordnet werden darf und eine solche im Einzelfall nicht vorliegt. Dieser Versagungsgrund gilt nicht im Falle von Ermittlungsmaßnahmen nach Art. 10 Abs. 2 RL.

Art. 11 Abs. 4 sieht vor, dass die Vollstreckungsbehörde vor Versagung der Vollstreckung gem. Art. 11 Abs. 1 a, b, d, e oder f RL die Anordnungsbehörde konsultiert und gegebenenfalls um unverzügliche Übermittlung aller erforderlichen zusätzlichen Angaben ersucht. Daraus ergibt sich, dass die Versagung der Vollstreckung einer EEA stets *ultima ratio* sein und zunächst, in Kooperation mit der Anordnungsbehörde, eine Vollstreckungslösung gefunden werden soll. Wiederholt wird die Stärkung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung in einem Austausch zwischen den beteiligten Behörden gesucht.

dd) Artt. 12, 13 RL

Art. 12 RL regelt Fristen für die Anerkennung und Vollstreckung einer EEA. Art. 13 RL sieht vor, dass die Übermittlung der Beweismittel ohne unnötige Verzögerung erfolgen soll. Diese neue und verbindliche Fristenregelung wurde in der Literatur positiv aufgenommen<sup>306</sup>. Praktiker bezweifeln hingegen, dass diese Vorschriften den gewünschten Erfolg herbeiführen werden, da Verzögerungen regelmäßig nicht durch rechtliche Vorgaben, sondern tatsächlich durch eine Ressourcenknappheit bedingt sind<sup>307</sup>.

ee) Art. 15 RL

Art. 15 RL regelt Gründe für den Aufschub der Anerkennung oder der Vollstreckung. Art. 15 Abs. 1 a) RL sieht vor, dass die Vollstreckung der Anordnung aufgeschoben werden

---

<sup>306</sup> Nijhof, The European Investigation Order and Evidence Requests in Military Criminal Cases: A matter of 'Uniform Application'?, *European Criminal Law Review*, Nomos, Baden-Baden, 2018, S. 377; Roux-Demare, *De l'entraide pénale à l'Europe pénale*, Dalloz, Paris, 2014, S. 118; Bachmaier Winter, European investigation order for obtaining evidence in the criminal proceedings – study of the proposal for a European directive, *ZIS*, 2010, S. 589; Zimmermann, *ZStW*, 2015, S. 175.

<sup>307</sup> Dicker, Die Europäische Union auf dem Weg zu einem einheitlichen Strafverfolgungsraum?, S. 99, 100.

kann, wenn dies eine laufende nationale Ermittlung oder Verfolgung beeinträchtigen könnte und zwar so lange, wie der Vollstreckungsstaat dies für angemessen hält. Art. 15 Abs. 1 b) RL sieht vor, dass Sachen, Schriftstücke, Daten zurückgehalten werden können, wenn diese bereits in einem anderen Verfahren verwendet werden und zwar so lange, bis sie zu diesem Zweck nicht mehr benötigt werden. Eine allgemeine Informationspflicht der Anordnungsbehörde entspringt dabei Art. 16 Abs. 3 RL.

#### f) Rechtsbehelfe gegen eine EEA

Der Rechtsschutz des Beschuldigten wird in Art. 14 RL definiert. Die Einführung dieser Vorschrift steht im Zusammenhang mit der Kritik an dem EuHb<sup>308</sup>.

Im Rahmen des EuHb waren die Rechtsschutzmöglichkeiten des Betroffenen stark eingeschränkt. Dem lag zugrunde, dass ein Schwachpunkt des traditionellen Auslieferungsverfahrens in der weiten Möglichkeit Rechtsbehelfe geltend zu machen gesehen wurde. Bei der Reform dieses Verfahrens im Jahre 2002 sollten diese „Fehler“ durch eine Rechtsschutzbeschränkung behoben werden. So sollte beispielsweise die Anfechtungsfrist gegen eine Auslieferungsentscheidung sehr kurz sein (Bsp.: in Frankreich hat der Betroffene nur 3 Tage zur Anfechtung der Auslieferungsentscheidung Zeit<sup>309</sup>). Darüber hinaus ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass der EuHb das erste Instrument basierend auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung war. Man ging von einem starken Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten aus, so dass ein erweiterter Rechtsschutz für nicht erforderlich gehalten wurde. So fragten Stimmen in der Literatur: *„mais pourquoi voulez-vous prévoir un quelconque pourvoi, quand un juge d'instruction de Paris envoie un mandat d'arrêt pour interpellier quelqu'un qui est à Nice, personne n'examine le recours, pourquoi l'introduire en*

---

<sup>308</sup> Auf das Herabsenken der Beschuldigtenrechte im unionsrechtlichen Rechtshilfeverkehr und die beschränkten Rechtsbehelfsmöglichkeiten wurde auch allgemein in der Literatur hingewiesen, s. Satzger, Entsteht ein einheitliches europäisches Strafrecht?, Stellungnahme für das Expertengespräch im Unterausschuss Europarecht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 28.11.2007, <http://webarchiv.bundestag.de/cgi/show.php?fileToLoad=420&id=1062>, S. 18 (Stand 18.03.2018).

<sup>309</sup> Cartier, Le mandat d'arrêt européen, Bruylant, Brüssel, 2005, S. 90.

*droit français?*<sup>310</sup>

Aufgrund der strikten Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung sollte ein Staat, der keine Anfechtung einer nationalen Auslieferungsentscheidung vorsieht, auch keinen Rechtsbehelf gegen den Erlass eines ausländischen EuHb vorsehen. Jedoch führte dieser Umstand zu einer scharfen Kritik in der Literatur, Rechtsprechung und Praxis. Aufgrund (unter anderem) einer Verletzung des Art. 19 Abs. 4 GG befand das BVerfG daher das erste Entwurfsgesetz zur Einführung des EuHb in die deutsche Rechtsordnung für verfassungswidrig<sup>311</sup>.

Die RL enthält nun in Art. 14 eine Regelung bezüglich des Rechtsschutzes. Art. 14 Abs. 1 RL besagt, dass die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass gegen die in der EEA angegebenen Ermittlungsmaßnahmen Rechtsbehelfe eingelegt werden können, die den Rechtsbehelfen gleichwertig sind, die in einem innerstaatlichen Fall zur Verfügung stehen würden. Die Anordnung einer EEA könne aber unter den Voraussetzungen in Abs. 1 stets nur in dem Anordnungsstaat angegriffen werden (Art. 14 Abs. 2 RL). Daraus ergibt sich für die Rechtshilfe, dass der Rechtsschutz gegen die Anordnung einer EEA im Anordnungsstaat und gegen die Vollstreckung allein im Vollstreckungsstaat zu suchen ist. Diese Zweiteilung des Rechtsschutzes wird in der Literatur kritisch gesehen, da sich ein Betroffener mit Strafverfolgungsbehörden zweier Staaten konfrontiert sieht und damit ein erheblicher Verteidigungsaufwand einhergeht<sup>312</sup>.

Aus der Vorschrift des Art. 14 Abs. 1, 2 RL ergibt sich weiter, dass die RL die Mitgliedstaaten

---

<sup>310</sup> Cartier, *Le mandat d'arrêt européen*, Bruylant, Brüssel, 2005, S. 90. In dem Zusammenhang kam es zu dem ersten Vorabentscheidungsersuchen des französischen „Conseil Constitutionnel“ an den EuGH zur Klärung der Frage, ob der EuHb-Rahmenbeschluss dahingehend auszulegen ist, dass die Mitgliedstaaten daran gehindert sind, einen Rechtsbehelf vorzusehen, im Falle, dass ein ersuchter Mitgliedstaat seine Zustimmung dazu erteilt, dass eine Person wegen einer anderen vor der Übergabe aufgrund eines EuHb begangenen strafbaren Handlung als derjenigen, die der Übergabe zugrunde liegt, verfolgt, verurteilt oder zur Vollstreckung einer Freiheitsstrafe in Haft gehalten wird, s. Cons. const., QPC Nr. 2013-314 P v. 04.04.2013, JORF v. 16.06.2013, S. 10024, Text Nr. 31. Der EuGH hat dies verneint, s. EuGH, Urt. v. 30.05.2013, C-168/13 PPU – *lexetius*; *Lelieur*, Mandat d'arrêt européen et droit au recours : la CJUE tire la protection du justiciable vers le bas, le Conseil constitutionnel sort la tête haute, *AJ Pénal*, 2014, S. 44-45.

<sup>311</sup> BVerfG, Urt. v. 18.07.2005, Az.: 2 BvR 2236/04 – hrr-strafrecht.

<sup>312</sup> Böse, in Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, *RL EEA Rn 28*; Dicker, *Die Europäische Union auf dem Weg zu einem einheitlichen Strafverfolgungsraum?*, S. 60 ff. (mit Hinweisen auf die Schaffung des sog. „EURODEFENSOR“).

nicht verpflichtet einen eigenen Rechtsbehelf im Falle der Anordnung einer EEA vorzusehen. Vielmehr besagt die Vorschrift, dass der Rechtsschutz gegen eine EEA mit dem Rechtsschutz in einem rein nationalen Verfahren gleichlaufen muss. Dies führt mithin dann zu einer Schutzlücke, wenn auch das nationale Recht keinen Rechtsschutz vorsieht. Sinn und Zweck ist es den Betroffenen nicht besser zu stellen, als in einem rein nationalen Verfahren. Es ist bedauerlich, dass der Richtlinienggeber nicht die Chance genutzt hat aus den Problemen mit dem Rahmenbeschluss zum EuHb zu lernen und einen umfassenden Rechtsschutz auf unionsrechtlicher Ebene vorzusehen. Das sich trotz der Regelung des Art. 14 Abs. 1 RL tatsächlich Schutzlücken ergeben, zeigt zum Beispiel der Fall der Anordnung einer TKÜ-Maßnahme in Frankreich, die nicht angefochten werden kann, s. Art. 100 CPP. Dieselbe Problematik liegt auch der bulgarischen Rechtsordnung zugrunde, wie sich aus dem ersten Vorabentscheidungsverfahren in Bezug auf die RL ergibt<sup>313</sup>, auf das noch weiter unten näher einzugehen sein wird. Unter Berücksichtigung des beschränkten Prüfungsumfanges der Vollstreckungsbehörde (s. oben) kann es hier zu einer empfindlichen Lücke kommen. Die mögliche Besserstellung eines Betroffenen im Rahmen eines grenzüberschreitenden Verfahrens hindert den europäischen Gesetzgeber nicht im Rahmen des Art. 82 AEUV hierfür einen einheitlichen europäischen Rechtsschutz vorzusehen. Ein europäischer Mindeststandard hätte vielleicht sogar Anlass dazu gegeben, dass die Mitgliedstaaten ihren Rechtsschutz überdenken und umfassend auch im Strafverfahren ausgestalten, um so eine Ungleichbehandlung zu verhindern.

Die beteiligten Mitgliedstaaten haben sich aber zumindest über eine Rechtsbehelfseinlegung zu unterrichten, Art. 14 Abs. 5 RL. Des Weiteren ist gem. Art. 14 Abs. 7 RL EEA der Anordnungsstaat verpflichtet, eine erfolgreiche Anfechtung der Anerkennung oder Vollstreckung der EEA bei dessen Verwertung zu berücksichtigen. Dem Anordnungsstaat steht es jedoch frei, wie er die Anfechtung berücksichtigt. Es wurden bedauerlicherweise auch in dieser Hinsicht keine europäischen Standards hinsichtlich der Verwertbarkeit eines Beweises begründet. Art. 14 Abs. 7 S. 2 RL bestimmt vielmehr vage-allgemein, dass „*unbeschadet der*

---

<sup>313</sup> EuGH, Vorabentscheidungsersuchen des Spetsializiran nakazatelen sad (Bulgarien), eingereicht am 31. Mai 2017, Rs. C-324/17, Gavanozov.

*nationalen Verfahrensvorschriften stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass in einem Strafverfahren im Anordnungsstaat bei der Bewertung der mittels einer EEA erlangten Beweismittel die Verteidigungsrechte gewahrt und ein faires Verfahren gewährleistet werden“.* Ob die Mitgliedstaaten über Art. 14 Abs. 7 RL ein Verwertungsverbot begründen werden, wenn die Vollstreckung der EEA im Vollstreckungsstaat erfolgreich angefochten wurde<sup>314</sup>, ist fraglich. Dies ist schon mit Blick auf das französische Umsetzungsgesetz zweifelhaft. So sieht Art. 694-24 des Code de Procédure pénale (iF CPP), der insoweit die RL umsetzt und auf den noch weiter unten einzugehen sein wird, ausdrücklich vor, dass die erfolgreiche Anfechtung im Vollstreckungsstaat keine automatische Nichtigkeit in dem französischen Verfahren begründet. Wenn zudem die Vollstreckungsbehörden die Verfahrens- und Formvorschriften des Anordnungsstaates im Sinne des "forum regit actum" eingehalten haben, sähe sich Letzterer womöglich gezwungen ein Beweismittel, das in Konformität zu der eigenen nationalen Rechtslage erhoben wurde, für unverwertbar zu erklären. Es wird zu beobachten sein, ob die Mitgliedstaaten eine solche Entscheidung befürworten werden.

Die RL stellt letztendlich klar, dass die Einlegung eines Rechtsbehelfs keine Aussetzung der Vollstreckung zur Folge hat, außer das nationale Recht des Vollstreckungsstaates sieht dies vor. Jedoch kann die Übermittlung der erhobenen Beweismittel bis zur Entscheidung über den Rechtsbehelf ausgesetzt werden, s. Art. 13 Abs. 2 RL.

### **III. Zusammenfassung**

Die RL schreibt sich in das zwiegespaltene Zeitalter der europäischen Integration ein. Die Reform der sonstigen Rechtshilfe hin zu einer verstärkten Kooperationspflicht zwischen den Mitgliedstaaten stieß auf Widerstand bei einigen Mitgliedstaaten. Diese wollten an dem traditionellen Rechtshilfesystem, das durch einen weiten Ermessensspielraum gekennzeichnet ist, festhalten und sahen in der Einführung einer Vollstreckungspflicht im Sinne des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung eine Gefahr. Dieses Wanken zwischen der Begründung einer gegenseitigen rechtlichen Verpflichtung zwischen den Mitgliedstaaten

---

<sup>314</sup> In diesem Sinne Böhm, NJW, 2017, S. 1515.

einerseits und dem Festhalten an dem Souveränitätsprinzip andererseits lässt sich auch in der endgültigen Fassung der RL erkennen. Die Frage, ob die RL die sonstige Rechtshilfe effizienter gestaltet, ist mit einem „ja, aber ...“ zu beantworten, da letztendlich nur kleine Schritte hin zu einer effektiveren unionsrechtlichen Rechtshilfe gemacht wurden.

1. Zunächst kann allgemein festgestellt werden, dass mit der RL ein einheitliches Konzept für die sonstige Rechtshilfe in Strafsachen (mit Ausnahme der gemeinsamen Ermittlungsgruppen) geschaffen wurde. Die RL hebt alle vorherigen Übereinkommen sowie Rahmenbeschlüsse und Richtlinien auf. Diese Vereinheitlichung kann aufgrund der so geschaffenen Übersichtlichkeit und Rechtssicherheit als positiv bewertet werden.

2. Die RL führt trotz des Widerstands einiger Mitgliedsstaaten erstmals den Grundsatz gegenseitiger Anerkennung in die Materie der sonstigen Rechtshilfe in Strafsachen ein. Die sonstige Rechtshilfe wird um das neue Rechtshilfelinstrument der EEA konstruiert, eine gerichtliche Entscheidung, die damit nach dem Grundsatz gegenseitiger Anerkennung grundsätzlich zu vollstrecken ist. Die EEA muss als gerichtliche Entscheidung von einer legitimen gerichtlichen Anordnungsbehörde, wie sie in Art. 2 c) RL definiert ist, erlassen werden. Diese „Vergerichtlichung“ des Rechtshilfeverkehrs kann allgemein als positiv bewertet werden. Dies gilt umso mehr, als dass nationale Richtervorbehalte des Vollstreckungsstaates aufgrund einer eingeschränkten Prüfungskompetenz keinen vollständigen Schutz entfalten können. Gleichzeitig ist jedoch darauf hinzuweisen, dass auch die Staatsanwaltschaft als Anordnungsbehörde auftreten kann. Die Kontrolldefizite auf Seiten des Vollstreckungsstaates und die damit einhergehende Beschränkung der nationalen Richtervorbehalte konnten somit nicht vollständig aufgehoben werden.

3. Die RL beschränkt gleichzeitig den weiten Anwendungsbereich des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung zur Wahrung der nationalen Rechtsordnungen. Es werden verschiedene Schranken vorgesehen. Einerseits ist die Anordnungsbehörde durch das Verbot des „forum shopping“, der Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und der Bindung an

die EuGrCh sowie die EMRK in der Anordnung einer EEA beschränkt. Andererseits ist die Vollstreckungsbehörde berechtigt die Anerkennung und Vollstreckung einer EEA von der Prüfung spezifischer Versagungsgründe abhängig zu machen. Die EEA kennt einen limitierten Katalog mit Versagungsgründen, wobei insbesondere der partielle Wegfall des Vorbehalts der beiderseitigen Strafbarkeit als positiv empfunden wird. Es wird sich dadurch eine schnellere Bearbeitung und Vollstreckung von Rechtshilfeanordnungen erhofft.

Dieses restriktive Regel-Ausnahme-Verhältnis sollte der Konturierung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung dienen und die Effektivität der Rechtshilfe steigern. Dieses Konzept könnte jedoch durch die Einführung eines europäischen *ordre public* – Vorbehalts konterkariert worden sein. Die Stimmen aus der Literatur, die in dem Vorbehalt ein Eingeständnis der Unrechtmäßigkeit einiger nationaler Verfahrenspraxen sehen, können nicht von der Hand gewiesen werden. Der Vorbehalt stellt damit generell die Einführung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung in Frage. Die Einführung einer Vollstreckungsverpflichtung trotz des Bestehens rechtswidriger Verfahrenspraxen in einigen Mitgliedsländern wäre schwer nachvollziehbar und könnte das notwendige Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten erheblich gefährden. Diese Bedenken bestehen umso mehr, da die eigentliche Rechtmäßigkeitsprüfung in Händen der Anordnungsbehörde liegt. Aufgrund der beschränkten Kenntnis der Vollstreckungsbehörde von dem zugrundeliegenden Sachverhalt (ihr liegt insbesondere keine umfangreiche Verfahrensakte mehr vor) können diese die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme nur beschränkt überprüfen. Es entsteht damit die Gefahr, dass die Vollstreckungsbehörde schon bei einfachen Zweifeln hinsichtlich der Rechtmäßigkeit die Vollstreckung versagt. Eine solch weite Anwendung des europäischen *ordre public* – Vorbehalts würde aber Sinn und Zweck des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung konterkarieren, so dass eine restriktive Auslegung des Art. 11 Abs. 1 f) RL angezeigt sein könnte<sup>315</sup>. Gleichzeitig kann es aufgrund einer unterschiedlichen Beurteilung der Vollstreckungsstaaten, ob eine Maßnahme im Einzelfall rechtmäßig ist oder nicht, zu

---

<sup>315</sup> S. zu dieser Thematik auch Leblois-Happe, *La Cour de justice de l'Union européenne et la protection des droits fondamentaux dans la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle en matière pénale*, AJ Pénal, 2019, S. 307.



widersprüchlichen richterlichen Entscheidungen entweder zugunsten oder zulasten des Beschuldigten kommen.

4. Die RL führt einheitliche Formulare zur Ausstellung einer EEA ein. Diese Formalisierung wurde in der Praxis negativ aufgenommen, da die Formulare zu umfassend seien und eine erhöhte Fehleranfälligkeit beim Ausfüllen begründen können. Es ist bedauerlich, dass bei der Ausarbeitung der RL nicht hinreichend mit den nationalen Rechtshilfebehörden kooperiert wurde. Im Zusammenhang mit den Formularen ist ebenso zu beanstanden, dass keine Lehren aus dem EuHb-Rahmenbeschluss gezogen und die ungenügende Ausfüllung der Formulare mit keiner Sanktion versehen wurde. Es wurde lediglich eine Informationspflicht der Vollstreckungsbehörde statuiert, so dass es zu faktischen Vollstreckungsaufschüben kommen kann.

5. Die sonstigen Formalisierungsmechanismen (Fristen, Anerkennungsmöglichkeit von EEAen in einer anderen Amtssprache) sowie die verstärkte Kommunikation zwischen den Anordnungs- und Vollstreckungsbehörden können als positiv bewertet werden.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Bilanz der RL und ihrer Auswirkungen für die unionsrechtliche Rechtshilfe gemischt ausfällt. Die Einführung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung, der entweder stark befürwortet oder vehement kritisiert wurde, wird somit wohl keine kopernikanische Wende in der Rechtshilfe herbeiführen. Dafür ist er zu stark durch die Prüfkompetenzen der Vollstreckungsbehörde beschränkt. Als positive neue Elemente bleiben damit die Einführung eines einheitlichen Rechtshilfesystems, der partielle Wegfall des Vorbehalts der beiderseitigen Strafbarkeit sowie die informellen Aspekte der RL im Sinne einer verstärkten Kommunikation zwischen den Behörden, deren direkter Austausch und die Anerkennung von EEAen in anderen Amtssprachen. Es bleibt zu hoffen, dass diese neuen Regelungen eine schnellere und effizientere Rechtshilfe bewirken werden. Ob sich indes

der Kraftakt der 4-jährigen Ausarbeitung der RL im Ergebnis gelohnt hat, bleibt abzuwarten.

Zu guter Letzt ist darauf hinzuweisen, dass die RL keine Änderungen hinsichtlich der Art und Weise der Vollstreckung einer EEA vorsieht. Sie regelt auch nicht, wann ein Beweismittel allgemein als verwertbar gilt<sup>316</sup>. Die Mitgliedstaaten bleiben demnach grundsätzlich in der Vollstreckung einer EEA nach nationalem Recht frei, wenn nicht die Anordnungsbehörde bestimmte Verfahrens- und Formvorschriften angegeben hat. Der Grundsatz des „forum regit actum“ aus dem Übereinkommen 2000 wurde beibehalten.

In dem sich nun anschließenden zweiten Teil der Arbeit wird die Umsetzung der RL in die nationalen Rechtsordnungen Deutschlands und Frankreichs, sowie die Diagnose praktischer Umsetzungsschwierigkeiten den Schwerpunkt der Untersuchung bilden. Die Defizite im Rahmen der Rechtshilfeleistung können aus den Unterschieden der nationalen Strafverfahren resultieren. Der somit anzustellende Rechtsvergleich ist auch mit Blick auf die Kritik aus der Literatur, die eine verstärkte Harmonisierung der nationalen Strafprozessordnungen wünscht, notwendig. Die Frage, ob diese Harmonisierung im Strafverfahrensrecht für den Bereich der sonstigen Rechtshilfe in Strafsachen zielführend ist, wird ausgehend von den Ergebnissen des deutsch-französischen Vergleichs zu beantworten sein.

---

<sup>316</sup> Böse, in Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, RL EEA Rn 3.

## **B. Die Umsetzung der Richtlinie in die deutsche und französische Rechtsordnung**

Nachdem in einem ersten Teil die wesentlichen Neuerungen der RL dargestellt wurden, gilt es nun in einem zweiten Teil herauszuarbeiten, welche praktischen Anwendungsschwierigkeiten sich im Rahmen eines Beweismitteltransfers auf Grundlage einer EEA im Rahmen eines deutsch-französischen Rechtshilfeverkehrs ergeben könnten.

Die EEA, die auf dem Grundsatz gegenseitiger Anerkennung basiert, soll die Mitgliedstaaten verpflichten Strafverfahren anderer Mitgliedstaaten durch die Erhebung und Übermittlung von Beweisen zu unterstützen. Ein Staat ordnet eine EEA an, die sodann im Ausland vollstreckt wird. Es wird im Folgenden zu untersuchen sein, ob auf Anordnungs- oder Vollstreckungsebene Probleme oder Defizite des aktuellen Rechtshilfesystems erkennbar werden. Die Anordnung einer EEA einerseits kann beispielsweise dazu führen, dass die erwünschte Maßnahme im Vollstreckungsstaat in einem vergleichbaren Fall nicht zur Verfügung stehen oder sich gegen einen speziell im Vollstreckungsstaat geschützten Personenkreis richten würde. Die Vollstreckung einer EEA kann ebenfalls Probleme machen, wenn die nach dem Recht des Vollstreckungsstaats erhobenen Beweise so in dem Anordnungsstaat nicht verwertet werden können oder sich im Rahmen der Rechtshilfeleistung Schutzlücken für einen Beschuldigten ergeben. Solche Umsetzungsschwierigkeiten entstehen also nur, wenn die jeweiligen Rechtsordnungen des Anordnungs- und Vollstreckungsstaats unterschiedlich ausgestaltet sind. Um also herausfinden zu können, ob Umsetzungsschwierigkeiten der RL oder Defizite des aktuellen Rechtshilfesystems zu befürchten sind, müssen die nationalen Strafverfahrensordnungen hinsichtlich ihrer Beweiserhebungsverfahren miteinander verglichen werden.

Ein Vergleich aller europäischen Strafverfahrensordnungen würde den Umfang dieser Arbeit überschreiten. Die Wahl der zu vergleichenden Strafprozessordnungen fiel dabei auf Deutschland und Frankreich und dabei insbesondere auf den vorgerichtlichen Verfahrensabschnitt. Das deutsche und französische Strafverfahrensrecht zeichnen sich durch

eine schwerpunktmäßige Beweiserhebung in einem vorgerichtlichen Verfahren aus<sup>317</sup>. Die in diesem Stadium erhobenen Beweise dienen als Vorbereitung auf, sowie Grundlage für die Erhebung der Anklage, die Eröffnung des gerichtlichen (Haupt-)Verfahrens sowie den endgültigen Urteilsspruch. Damit spielen diese Verfahrensabschnitte eine besondere Rolle im Rahmen der Rechtshilfe. Die elementaren Beweiserhebungsregeln finden sich in den jeweiligen Abschnitten der StPO und des CPP, die diese vorgerichtlichen Verfahren regeln.

Für den rechtsvergleichenden Abschnitt dieser Arbeit fiel die Wahl auf die Ermittlungsmaßnahmen der Beschuldigtenvernehmung („audition du suspect/témoïn assisté/de la personne mise en examen“), der Zeugenvernehmung („audition du témoin“), der Durchsuchung („perquisition“) sowie der Beschlagnahme („saisie“) aufgrund ihrer großen Bedeutung in der (Rechtshilfe-)Praxis. Im Folgenden werden diese hinsichtlich ihrer formellen, sowie materiellen Vollstreckungsvoraussetzungen gegenübergestellt und in den Kontext der Rechtshilfeleistung eingebettet.

Dem deskriptiven Vergleich dieser Ermittlungsmaßnahmen folgt stets eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob im Rahmen eines deutsch-französischen Rechtshilfeverkehrs mit Umsetzungsschwierigkeiten entweder auf Anordnungs- oder Vollstreckungsebene zu rechnen ist. Bevor jedoch auf die einzelnen Maßnahmen näher eingegangen wird, ist zunächst der Begriff des vorgerichtlichen Verfahrensabschnitts nach deutschem und französischem Verständnis zu definieren.

## **I. Das Ermittlungsverfahren in Deutschland und Frankreich**

### **1. Untersuchungsgegenstand „Ermittlungsverfahren“**

Zunächst gilt es den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit, das vorgerichtliche Beweiserhebungsverfahren in Strafsachen, das im Folgenden einheitlich als „Ermittlungsverfahren“ bezeichnet wird, nach deutschem und französischem Verständnis

---

<sup>317</sup> Barth, in Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa, S. 234; Barth/Koch, in Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands, S. 133; Perron, in Organisierte Kriminalität als transnationales Phänomen, S. 49; Pfefferkorn, Einführung in das französische Strafverfahren, S. 65.

inhaltlich zu umgrenzen. Zu diesem Zweck ist die abstrakte Problematik der vorgerichtlichen Beweiserhebung hervorzuheben. In diesem Stadium werden staatliche Beweiserhebungs- und damit prinzipiell auch Zwangsmaßnahmen als grundrechtsrelevante Eingriffe gegen eine Person, die einer Straftat lediglich verdächtig ist, im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens angeordnet. In diesen Fällen entsteht typischerweise ein Konflikt zwischen dem staatlichen Interesse der Wahrheitserforschung einerseits und den Grundrechten der verdächtigen Person, insbesondere der Unschuldsvermutung (s. auch Art. 6 Abs. 2 EMRK), andererseits<sup>318</sup>. Im Rahmen dieses Spannungsverhältnisses sind auch die Umsetzungsschwierigkeiten im Rahmen der RL zu vermuten.

Daher ist zunächst zu untersuchen in welchen Verfahrensstadien des französischen und deutschen Strafprozesses es überhaupt zu einem solchen Interessenkonflikt kommt, genauer wann man in Deutschland und Frankreich von einem Ermittlungsverfahren spricht.

#### a) Deutschland

Die StPO spricht in ihrem 2. Buch (§§ 151 – 295 StPO) ganz allgemein von dem „Verfahren im ersten Rechtszug“ und beginnt mit Regelungen bezüglich der sog. öffentlichen Klage (§§ 151 - 157 StPO). So regelt § 151 StPO, dass die Eröffnung einer gerichtlichen Untersuchung durch die Erhebung einer Klage bedingt ist. Zur Erhebung einer Klage ist die Staatsanwaltschaft berufen, § 152 Abs. 1 StPO, einem Organ der Exekutive, s. auch Art. 92 GG, das dem Justizministerium untersteht. Sie ist, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, verpflichtet wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für die Begehung einer Straftat vorliegen, § 152 Abs. 2 StPO (sog. Legalitätsgrundsatz). Aufgrund dieser Vorschriften könnte man auf den ersten Blick davon ausgehen, dass man nach deutschem Verständnis im Rahmen eines Strafverfahrens (bis zur Verurteilung) zwischen einem exekutiv geprägten Vor- und einem gerichtlichen

---

<sup>318</sup>EGMR, Urt. v. 23.05.2000, Nr. 31070/96, Van Pelt c/ Frankreich; Cons. const., Entschdg. v. 16.07.1996, Nr. 96-377 DC, JORF v. 23.07.1996, S. 11108; Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, Paris, 2017, S. 57; Roxin/Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, S. 3; Pin, in *200 Jahre Code d’instruction criminelle – Le Bicentenaire du Code d’instruction criminelle*, Nomos, Baden-Baden, 2010, S. 164.

Hauptverfahren unterscheidet.

Die Staatsanwaltschaft ist bis zur Erhebung der öffentlichen Klage Herrscherin des so genannten Ermittlungsverfahrens<sup>319</sup>. Die staatsanwaltliche Aufgabe während des Ermittlungsverfahrens besteht darin, ab Kenntnis von dem Verdacht einer Straftat den Sachverhalt zu erforschen um zu entscheiden, ob eine öffentliche Klage zu erheben ist, s. § 160 StPO. Zur Sachverhaltsaufklärung sehen die §§ 161, 163 StPO so genannte allgemeine Ermittlungsbefugnisse vor, die sowohl die Staatsanwaltschaft, als auch die Polizei (als eine der Staatsanwaltschaft unterstehenden Strafverfolgungsbehörde, s. § 163 Abs. 2 StPO) ermächtigen, Ermittlungen jeder Art selbst vorzunehmen, soweit nicht das Gesetz ihre Befugnisse besonders regelt<sup>320</sup>. Solche gesetzlichen Spezialregelungen finden sich in dem allgemeinen Teil der StPO, den §§ 94 ff. StPO, die grundrechtsintensive Maßnahmen wie beispielsweise die Wohnraumdurchsuchung, vgl. § 102 StPO iVm Art. 13 GG, regeln. Die Ermittlungsbehörden haben dabei sowohl be-, als auch entlastende Beweismittel zu erheben, § 160 Abs. 2 StPO<sup>321</sup>.

Die Grundvoraussetzungen einer jeden Ermittlungsmaßnahme sind das Vorliegen eines Anfangsverdachts<sup>322</sup>, sowie die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme<sup>323</sup>. Die angeordnete Maßnahme muss in angemessenem Verhältnis zu der in Verdacht stehenden Straftat stehen. Der Grundsatz keine Wahrheitsermittlung um jeden Preis als Legitimation einer „*formalisierten Wahrheitsfindung*“<sup>324</sup> beherrscht damit das Ermittlungsverfahren und findet Ausdruck in den gesetzlichen Vorschriften der StPO<sup>325</sup>.

Sodann sieht das Gesetz für einige eingriffsintensive Maßnahmen vor, dass ein Richter

---

<sup>319</sup> BGH, Urt. v. 26.04.2017, Az.: 2 StR 247/16 – beck-online; Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 40; Kühne, Strafprozessrecht, S. 3.

<sup>320</sup> Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 48.

<sup>321</sup> Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 48.

<sup>322</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 152 Rn 2 ff.; Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 45.

<sup>323</sup> BVerfG, Beschl. v. 03.07.2006, Az.: 2 BvR 2030/04 – hrr-strafrecht.

<sup>324</sup> Gleß, ZStW, 2013, S. 575.

<sup>325</sup> BGH, Urt. 14.06.1960, Az.: 1 StR 683/59 – opiniojuris; Bierschenk, Einheit der Prozessrechtswissenschaft?, S. 3; Dautert, Beweisverwertungsverbote und ihre Drittwirkung, S. 5; Oglakcioglu/Schuh/Rückert, Axiome des nationalen und internationalen Strafverfahrensrechts, S. 97; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 4; Gleß, ZStW, 2013, S. 575.

(sog. Ermittlungsrichter) der Maßnahme zustimmen muss s. § 162 StPO<sup>326</sup>. Diese so genannten Richtervorbehalte bestehen beispielsweise für die Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung (§ 105 StPO iVm Art. 13 GG) oder einer Telekommunikationsüberwachung (§ 100b StPO iVm Art. 10 GG). Mithin muss die ermittelnde Staatsanwaltschaft die Zustimmung des Richters vor Anordnung der Maßnahme beantragen. Nur in Eilfällen (sog. Gefahr in Verzug) kann auf eine richterliche Zustimmung verzichtet werden<sup>327</sup>. Dabei versteht man unter Gefahr in Verzug, dass die Einholung einer richterlichen Genehmigung unweigerlich den Zweck der Ermittlungsmaßnahme beeinträchtigen würde<sup>328</sup>. In solchen Fällen können die Maßnahmen von der Staatsanwaltschaft, sowie teilweise auch von der Polizei angeordnet werden (mit Ausnahme der §§ 100a, 100c, 100f StPO).

Das Bestehen dieser Richtervorbehalte zeigt, dass das (exekutiv geprägte) Ermittlungsverfahren, das von der Staatsanwaltschaft beherrscht wird, ebenfalls richterliche Elemente, die bei besonders grundrechtsintensiven Untersuchungen eine Rolle spielen, enthält. Dabei bleibt die Staatsanwaltschaft jedoch stets Herrscherin des Ermittlungsverfahrens.

Nach Erschöpfung aller Maßnahmen, die die Staatsanwaltschaft für zur Aufklärung des Sachverhalts geeignet und angemessen gehalten hat, entscheidet sie darüber, ob genügend Beweismittel vorliegen die eine öffentliche Klageerhebung begründen (es muss ein sog. hinreichender Tatverdacht bejaht werden können)<sup>329</sup>. Wenn sie die öffentliche Klage, auch Anklage genannt, erhebt, wird damit das gerichtliche Verfahren eröffnet und die Gerichte sind für die weitere Verfahrensbetreibung zuständig, vgl. § 162 Abs. 3 S. 1 StPO.

Dem staatsanwaltlichen Verfahren schließt sich das so genannte (gerichtliche) Zwischenverfahren an<sup>330</sup>. Ein Gericht prüft, ob die Anklage zugelassen und folglich ein gerichtliches Hauptverfahren eingeleitet wird<sup>331</sup>. Aus diesem Grund teilt man das deutsche

---

<sup>326</sup> Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 49, 50.

<sup>327</sup> Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 115, 116.

<sup>328</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 98 Rn 6.

<sup>329</sup> Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 47.

<sup>330</sup> Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 54.

<sup>331</sup> Auf strafprozessuale Besonderheiten, wie beispielsweise die eines beschleunigten Verfahrens durch Strafbefehl, §§ 407 ff. StPO, kann im Rahmen dieser Dissertation nicht eingegangen werden.

Strafverfahren in drei Phasen ein: das Ermittlungsverfahren, das gerichtliche Zwischenverfahren und das gerichtliche Hauptverfahren<sup>332</sup>.

Die Anklage wird zugelassen, wenn nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens die verdächtige Person, nun als der Angeschuldigte bezeichnet, s. § 157 StPO, einer Straftat hinreichend verdächtig erscheint, § 203 StPO<sup>333</sup>. Ein hinreichender Tatverdacht wird bejaht, wenn genügend Beweise vorliegen, die eine Verurteilung des Angeschuldigten für wahrscheinlich erscheinen lassen<sup>334</sup>.

Bevor das Gericht sodann über die Eröffnung des Hauptverfahrens entscheidet, kann es gem. § 202 StPO zur besseren Aufklärung der Sache und zu deren Ergänzung einzelne ergänzende Beweiserhebungen anordnen<sup>335</sup>. Das Gericht kann aber im Zwischenverfahren keine eigene, umfassende Sachverhaltsermittlung anstellen, sondern allein zur Ergänzung der staatsanwaltlich gewonnenen Erkenntnisse Beweismaßnahmen anordnen<sup>336</sup>.

Aufgrund ihrer rein ergänzenden Funktion gehören solche Maßnahmen nicht mehr dem Ermittlungsverfahren an, da sie lediglich eine untergeordnete Rolle spielen und keine umfassende Sachverhaltsaufklärungskompetenz bei dem Gericht des Zwischenverfahrens begründen. Ein sich perpetuierender Konflikt zwischen dem staatlichen Wahrheitsinteresse einerseits und den Rechten der verdächtigen Person andererseits ist nicht zu befürchten. Zudem hat sich der Verdacht gegen die Person, gegen die sich das Strafverfahren richtet, im Vergleich zu dem Beginn des Verfahrens, weiter konkretisiert, da auch die Staatsanwaltschaft nur dann Anklage mit Folge der Eröffnung des Zwischenverfahrens erhebt, wenn sie einen so genannten hinreichenden Tatverdacht bejaht.

Wenn die Anklage zugelassen wird, wird das sogenannte Hauptverfahren eröffnet<sup>337</sup>. Im Anschluss einer öffentlichen Verhandlung, in dem die Beweismittel, die während des

---

<sup>332</sup> Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 54.

<sup>333</sup> Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 53.

<sup>334</sup> Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 205.

<sup>335</sup> Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 199.

<sup>336</sup> OLG Celle, Besch. v. 19.07.2011, Az.: 1 Ws 271-274/11 – openjur; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 01.09.2003, Az.: 1 Ws 235/03 – juris; Eisenberg, JZ, 2011, S. 672.

<sup>337</sup> Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 208.



Ermittlungsverfahrens erhoben wurden, in die Verhandlung eingeführt und verwertet werden<sup>338</sup>, entscheidet das Gericht auf Grundlage der Eindrücke des Hauptverfahrens, ob der nunmehr als Angeklagte bezeichnete (§ 157 StPO) verurteilt oder freigesprochen wird. Der Schwerpunkt der Ermittlung des Sachverhalts (die Identifizierung des Täters, der Zeugen, die Erhebung von Beweismitteln mittels Durchsuchung und Beschlagnahme, etc.) liegt damit zeitlich auf dem vorgerichtlichen Ermittlungsverfahren. Mit dem gerichtlichen Urteil endet das Verfahren des ersten Rechtszugs (es schließt sich dann entweder das Rechtsmittel- oder Vollstreckungsverfahren an).

Zusammenfassend kann festgehalten werden: Das im Rahmen dieser Dissertation gegenständliche Ermittlungsverfahren kann nach deutschem Verständnis zeitlich klar abgegrenzt werden. Es handelt sich um die erste Phase des Strafverfahrens, beginnend mit einem Anfangsverdacht<sup>339</sup>, das von der Staatsanwaltschaft geleitet wird und mit einer staatsanwaltlichen Abschlussverfügung (entweder mit der Erhebung der öffentlichen Klage oder der Einstellung des Verfahrens gem. §§ 170 ff. StPO) endet.

## b) Frankreich

### aa) Allgemeiner Verfahrensablauf

In Frankreich wird das Strafverfahren bis zur erstinstanzlichen Verurteilung in drei Phasen eingeteilt, die so genannte „phase d'enquête“ oder auch „phase d'investigation“ genannt (sinngemäß Untersuchungsstadium) als erste Etappe, die „phase de poursuite“ (sinngemäß Verfolgungsstadium) als zweite und die „phase de jugement“ (sinngemäß Urteilsstadium) als dritte Etappe<sup>340</sup>.

Dabei liegt dem CPP das allgemeine Konzept zugrunde, dass die „phase d'enquête“ ein

---

<sup>338</sup> Es gilt jedoch auch ein gerichtlicher Untersuchungsgrundsatz, so dass Anträge zur Erhebung von Beweismitteln (sog. Beweisanträge) auch noch in der Hauptverhandlung gestellt werden können, s. § 244 StPO.

<sup>339</sup> Auf den konkreten Beginn eines Strafverfahrens wird in einem gesonderten Abschnitt einzugehen sein.

<sup>340</sup> Desportes/Lazerges-Cousquer, *Traité de Procédure Pénale*, Economica, Paris, 2015, S. 197. In der Literatur finden sich zwar noch weitere Begrifflichkeiten (z.B. „phase préparatoire“/„phase décisive“ in Binet-Grosclaude, *L'avant-procès pénal: étude comparée Angleterre-France*, Bruylant, Brüssel, 2011, S. 2); diese ändern jedoch nichts an der inhaltlichen Dreiteilung des Verfahrens, sodass im Folgenden zur Wahrung der Übersichtlichkeit allein die Terminologie „investigation“, „poursuite“, „jugement“ verwendet werden soll.

polizeiliches Vorverfahren darstellt, das zunächst dazu dient die Begehung einer Straftat festzustellen („constater“), Beweise zu erheben und gegebenenfalls in dringenden Fällen Beweise zu sichern („rassembler les preuves“), sowie den Täter zu identifizieren („rechercher les auteurs“), s. Art. 14 CPP. Die eigentliche Verfolgung einer verdächtigen Person ist der „phase de poursuite“ vorbehalten<sup>341</sup>, wobei auch im Rahmen der französischen Strafprozessordnung das Prinzip keine Wahrheitsermittlung um jeden Preis gilt<sup>342</sup>. Dabei spricht man im Rahmen der „phase d’enquête“ zwar von einem polizeilichen Vorverfahren, da es in der Praxis überwiegend von der Polizei eingeleitet wird. Jedoch ist darauf hinzuweisen, dass zum einen auch der “Procureur de la République” (sinngemäß Oberstaatsanwalt) bei Kenntnis von einer Straftat ein solches Verfahren einleiten kann, vgl. Art. 40 CPP, und zum anderen die Polizei lediglich eine Hilfstätigkeit übernimmt („auxiliaire“<sup>343</sup>), die unter der Leitung des “Procureur de la République” steht, sowie von dem “Procureur général” (sinngemäß Generalstaatsanwalt) überwacht, sowie von der “Chambre de l’instruction” (eine Kammer am Berufungsgericht, der sog. „Cour d’Appel“) überprüft wird, s. Artt. 12, 13 CPP. Es ist darauf hinzuweisen, dass die französische Staatsanwaltschaft der Exekutive, genauer dem Justizministerium („Garde des Sceaux“), untersteht<sup>344</sup>. Dieses Vorverfahren dient der Vorbereitung der „phase de poursuite“, die (zumindest ganz zu Beginn) ebenfalls von der Staatsanwaltschaft eingeleitet wird, s. Art. 31 CPP<sup>345</sup>.

Diese zweite Phase hat eine doppelte Funktion. Haben die polizeilichen Vorermittlungen den Verdacht auf die Begehung einer “einfachen” Straftat (d.h. weder ein Verbrechen noch ein schweres oder komplexes Vergehen iSv Art. 79 CPP) erhärtet, so hat die Staatsanwaltschaft im Rahmen der so genannten „décision d’orientation“ zu entscheiden, ob eine Anklage

---

<sup>341</sup> Beaume, Rapport sur la procédure pénale, Juillet 2014, S. 4 - <http://www.justice.gouv.fr/publication/rap-beaume-2014.pdf> (Stand 18.03.2018).

<sup>342</sup> « *La fin ne justifie pas tous les moyens.* », s. Grimaldi, in *La preuve*, Bruylant/LB2V, Bruxelles/Saint-Germain-en-Laye, 2013, S. 161; Lazerges, *Dédoulement de la procédure pénale et garanties des droits fondamentaux*, in Alt-Maes/Barbieri/Bonfils/Bonhomme, *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, Paris, 2006, S. 575, 576.

<sup>343</sup> Pradel, *Procédure Pénale*, Cujas, Paris, 2017, S. 362.

<sup>344</sup> Pradel, *Droit pénal comparé*, Dalloz, Paris, 2016, S. 222; Van Ruymbeken, *Le juge d’instruction*, PUF, Paris, 2016, S. 7, 19.

<sup>345</sup> Beaume, Rapport sur la procédure pénale, Juillet 2014, S. 4 - <http://www.justice.gouv.fr/publication/rap-beaume-2014.pdf> (Stand 18.03.2018).

(„action publique“<sup>346</sup>) erhoben und damit die „phase de jugement“ eingeleitet werden soll oder nicht<sup>347</sup>. Handelt es sich hingegen um Verdachtsmomente bezüglich eines Verbrechens oder eines schweren Vergehens, so ist über die Eröffnung einer „information“, auch „instruction“ genannt, zu entscheiden. Die Eröffnung einer „information“ ist dabei im Falle des Verdachts auf ein Verbrechen obligatorisch, s. Art. 79 CPP. Der Staatsanwaltschaft kommt ansonsten ein weiter Ermessensspielraum (sog. „liberté d'appréciation“) hinsichtlich der weiteren Verfahrensbetreibung zu, vgl. Art. 40 Abs. 1 CPP<sup>348</sup>.

Entscheidet sich die Staatsanwaltschaft für die Eröffnung einer „information“, so wird auf ihren Antrag hin (sog. „réquisitoire introductif de l'instance“) der „juge d'instruction“ (sinngemäß der Untersuchungsrichter) mit der Leitung der „information“ betraut, s. Artt. 51 Abs. 1 Alt. 1, 80 CPP. Sodann ist es an dem Untersuchungsrichter alle erforderlichen Maßnahmen vorzunehmen, die zur Aufdeckung der Wahrheit erforderlich sind, s. Art. 81 CPP. Nach Vornahme aller erforderlichen Maßnahmen entscheidet der Untersuchungsrichter, ob eine Anklage („ordonnance de renvoi“) erhoben werden soll und damit sodann die „phase de jugement“ eingeleitet oder das Verfahren eingestellt wird („ordonnance de non-lieu“). Der „juge d'instruction“ ist zwar an den staatsanwaltlichen Auftrag gebunden (s. Art. 80 Abs. 1 CPP), darüber hinaus aber ein von der Exekutive unabhängiges Organ<sup>349</sup>.

Nach der Anklageerhebung, entweder seitens der Staatsanwaltschaft oder des Untersuchungsrichters, wird sodann die „phase de jugement“ eingeleitet. Diese dritte Phase dient der endgültigen Entscheidung, ob die ermittelnden Tatsachen ausreichen, um die

---

<sup>346</sup> Zudem bestehen vereinfachte Verfahrenseinleitungen, bspw. die sog. „comparution immédiate“, auf die jedoch im Folgenden nicht näher eingegangen werden kann.

<sup>347</sup> Desportes/Lazerges-Cousquer, *Traité de Procédure Pénale*, Economica, Paris, 2015, S. 782 ff. (auf die Möglichkeit der Nichtverfolgung aus Opportunitätsgründen wird in der vorliegenden Arbeit nicht eingegangen, vgl. hierzu Desportes/Lazerges-Cousquer, *Traité de Procédure Pénale*, Economica, Paris, 2015, S. 788 ff.); Pradel, *Procédure Pénale*, Cujas, 2017, S. 621. Im Rahmen dieser Dissertation wird auch nicht näher auf die Möglichkeit, im Rahmen von einfachen Delikten unmittelbar nach der „phase d'enquête“ die Hauptsache zu eröffnen, eingegangen werden können.

<sup>348</sup> Die staatsanwaltliche Tätigkeit unterliegt einem weiten Opportunitätsprinzip. Hierzu ausführlich Kühne, *Strafprozessrecht*, S. 743; Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, Paris, 2017, S. 626; Van Ruymbeken, *Le juge d'instruction*, PUF, Paris, 2016, S. 21; Barth/Koch, in *Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands*, S. 96; Nitschmann, in *Vers un nouveau procès pénal? Neue Wege des Strafprozesses*, S. 90.

<sup>349</sup> Pradel, *Droit pénal comparé*, Dalloz, Paris, 2016, S. 255; Van Ruymbeken, *Le juge d'instruction*, PUF, Paris, 2016, S. 6.

Begehung einer verfolgbaren Straftat zu bejahen und eine Verurteilung aussprechen zu können<sup>350</sup>.

#### bb) Traditionelle Grundkonzeption

Den oben dargestellten, einzelnen Phasen unterliegt eine spezifische, traditionelle Grundkonzeption der französischen Strafprozessordnung. Deren Umschreibung soll zunächst das Verständnis der bestehenden Regelungen vereinfachen, um in einem weiteren Schritt prüfen zu können, ob diese Grundkonzeption heute noch so Gültigkeit hat.

#### aaa) „phase d'enquête“

Innerhalb der „phase d'enquête“, also dem als polizeilichen Vorverfahren bezeichneten Stadiums, kennt man zwei Verfahrensunterarten: die „enquête de flagrance“ und die „enquête préliminaire“ (s. Artt. 53 -78 CPP)<sup>351</sup>.

#### (1) „enquête de flagrance“

Die „enquête de flagrance“ ist einzuleiten, wenn eine Straftat gerade begangen wird oder Umstände vermuten lassen, dass eine solche gerade erst begangen wurde, s. Art. 53 CPP. In diesem Falle hat die Beweissicherung oberste Priorität, so dass die Polizeibeamten, die sog. „officiers de police judiciaire“ (iF OPJ) und unter ihrer Leitung die sog. „agents de police judiciaire“ (iF APJ), während eines zeitlich stark eingeschränkten Rahmens besondere Zwangsmaßnahmen durchführen können, s. Artt. 53 ff. CPP. Die polizeilichen Ermittlungsbefugnisse sind auf einen Zeitraum von 8 ggf. 16 Tage begrenzt, s. Art. 53 Abs. 2, 3 CPP. Die OPJ betreiben die „enquête de flagrance“, die Staatsanwaltschaft verfügt über ein Kontrollrecht, vgl. Art. 53 Abs. 2 CPP. Zur Aufklärung der Tat stehen die traditionellen Ermittlungsmaßnahmen zur Verfügung. So können Zeugen vernommen und am Tatort festgehalten (Art. 61 CPP), Wohnungsdurchsuchungen durchgeführt werden (Art. 56 CPP), usw. Aufgrund der besonderen Eilbedürftigkeit können grundrechtsintensive

---

<sup>350</sup> Desportes/Lazerges-Cousquer, *Traité de Procédure Pénale*, Economica, Paris, 2015, S. 197.

<sup>351</sup> Die konkreten Voraussetzungen der Einleitung einer „enquête de flagrance“, sowie einer „enquête préliminaire“ werden weiter unten, unter Punkt B. I. 2 c) im Detail dargestellt.

Maßnahmen also auch von den zuständigen Polizeibehörden vorgenommen werden.

(2) „*enquête préliminaire*“

Die „*enquête préliminaire*“ ist einzuleiten, wenn die bloße Möglichkeit einer Straftatbegehung im Raum steht, vgl. Art. 75 ff. CPP. Das Verfahren wird von den OPJ sowie APJ, entweder auf Anweisung des Staatsanwaltes oder von Amts wegen geführt, s. Art. 75 Abs. 1 CPP. Prinzipiell soll sich diese Phase durch ihre Kürze und niedrige Eingriffsintensität auszeichnen<sup>352</sup>. Zwangsmaßnahmen unterstehen daher im Prinzip dem Einverständnis der betroffenen Person, s. bspw. Art. 76 Abs. 1 CPP für Wohnraumdurchsuchungen<sup>353</sup>.

Wenn während der „*phase d'enquête*“ hinreichende Indizien für eine Straftatbegehung festgestellt wurden, hat die Polizei die Staatsanwaltschaft zu informieren, außer diese hat aufgrund eigener Kenntnis von einer Straftat das Verfahren eingeleitet, s. Art. 40 Abs. 1 CPP. Eine Informationspflicht entsteht zudem auch dann, sobald die Polizei ihre Ermittlungstätigkeiten beendet hat. So regeln die Artt. 19, 27, 29 CPP, dass die Polizei ab Abschluss der Ermittlungen („*dès clôture de toutes leurs opérations*“) alle Strafanzeigen („*dénonciation*“), Strafanträge („*plainte*“) und Niederschriften („*procès-verbaux*“) an die Staatsanwaltschaft weiterzuleiten hat.

Zudem bestehen besondere Informationspflichten. So hat die Polizei die Staatsanwaltschaft unmittelbar zu unterrichten, sobald der Verdacht auf ein Verbrechen oder Vergehen auf frischer Tat besteht, wobei das mögliche Vergehen („*délit*“) mit einer Freiheitsstrafe belegt sein muss, s. Artt. 54, 67 CPP. In solchen Situationen stellt sich nämlich die Frage der Eröffnung einer „*information*“. Im Falle einer laufenden „*enquête préliminaire*“ hat die Polizei die Staatsanwaltschaft zudem unbedingt ab der Identifizierung eines Beschuldigten („*suspect*“) zu informieren, s. Art. 75-2 CPP oder spätestens 6 Monate nach Einleitung der „*enquête*

---

<sup>352</sup> Pfefferkorn, Einführung in das französische Strafverfahren, S. 69.

<sup>353</sup> Noch in den 90er Jahren galten die drei Grundprinzipien der „*enquête préliminaire*“: „*Die Voruntersuchung ist geheim (secrète), ohne Zwang (principe de la non-coercition) und „loyal“ (loyauté). Der Einsatz von Zwangsmitteln ist nicht zulässig.*“, s. Lorenz, Frankreich, Länderreport, 1991, <https://www.mpicc.de/files/pdf2/7-frankreich.pdf>, S. 312 (Stand 18.03.2018).

préliminaire“, s. Art. 75-1 Abs. 2 CPP.

bbb) „information“

Die „information“ enthält sowohl Elemente der Beweiserhebung, als auch der Entscheidung über eine Anklageerhebung<sup>354</sup>. Der „juge d’instruction“ kann damit sowohl als Ermittlungsbehörde als auch „echte“ gerichtliche Instanz, die nur in dieser Funktion richterliche Entscheidungen erlässt, auftreten<sup>355</sup>.

Grundsätzlich wird eine „information“ eröffnet, wenn trotz polizeilicher Vorarbeit während einer „enquête“ die Staatsanwaltschaft davon ausgeht, dass die Angelegenheit noch nicht „mise en état“<sup>356</sup>, d.h. noch nicht reif zur Verurteilung ist und weitere, unter Umständen eingriffsintensive, Ermittlungsmaßnahmen zur Feststellung der Straftatbegehung erforderlich sind. Dies ist wie oben gesehen im Rahmen des Verdachts auf ein Verbrechen Pflicht, s. Art. 79 CPP. Der „juge d’instruction“, der in dieser Funktion grundsätzlich unabhängig ist<sup>357</sup>, leitet dann das Verfahren, ordnet Zwangsmaßnahmen an, ist dabei aber an den Ermittlungsauftrag der Staatsanwaltschaft gebunden, s. Artt. 51, 80 Abs. 1 S. 1 CPP. Zudem

---

<sup>354</sup> Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2016 („*Information: L’action de rechercher une preuve et le résultat de cette recherche*“); Desportes/Lazerges-Cousquer, *Traité de Procédure Pénale*, Economica, Paris, 2015, S. 197, 1279. Teilweise wird sich aufgrund der sich überschneidenden Einordnung in die einzelnen Verfahrensstadien von einer „phase policière“, die die „enquête de flagrance“ sowie die „enquête préliminaire“ umfasst, und einer „phase judiciaire“, die die „information“ beinhaltet, gesprochen. Beide Stadien enden entweder mit der Erhebung einer Anklage, die die gerichtliche Hauptverhandlung bedingt, oder einer Einstellung des Verfahrens.

<sup>355</sup> Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, Paris, 2017, S. 727. In diesem Zusammenhang sei noch in Kürze auf eine immer wieder von der französischen Literatur diskutierte Thematik in Bezug auf die Erhaltung des „juge d’instruction“ hingewiesen. Schon mehrfach wurde gefordert das Organ des „juge d’instruction“ zu streichen, da mit seiner Funktion strukturelle Probleme einhergehen. So ist der Untersuchungsrichter mit Eröffnung einer „information“ als Ermittlungsbehörde tätig und soll in dieser Funktion sowohl be- als auch entlastende Beweise erheben, s. Art. 81 Abs. 1 CPP. Gleichzeitig tritt er jedoch als richterlicher Ankläger auf. Aus diesem Grund wird bezweifelt, dass die für seine Ermittlungstätigkeit notwendige Objektivität besteht. Aus der verfassungsrechtlichen Warte ergebe sich zudem aufgrund dieser doppelten Funktion ein Konflikt mit dem Prinzip der Gewaltenteilung. Es wurde daher immer wieder gefordert die Figur des „juge d’instruction“ zu streichen und die Verfahrensleitung der Staatsanwaltschaft mit punktuellen Richtervorbehalten zu überlassen. Ein guter Überblick zu dieser Problematik findet sich in Leroy, *Procédure pénale*, LGDJ, Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 2017, S. 120 ff.

<sup>356</sup> Desportes/Lazerges-Cousquer, *Traité de Procédure Pénale*, Economica, Paris, 2015, S. 1001.

<sup>357</sup> Pradel, *Un problème français: que faire du juge d’instruction?* In Müller-Dietz/Müller/Kunz/Radtke/Britz/Momsen/Koriath, *FS für Heike Jung*, Nomos, Baden-Baden, 2007, S. 733, 734.

kann eine „information“ auch gegenüber unbekannt geführt werden, s. Art. 80 Abs. 1 S. 2 CPP.

Die „information“ endet („règlement“/„clôture de l'information“) entweder mit der Einstellung des Verfahrens („ordonnance de non-lieu“, s. Art. 177 CPP) oder der Eröffnung des Hauptverfahrens durch eine gerichtliche Verfügung („ordonnance de mise en accusation“ an die „Cour d'assises“ bei Verbrechen, s. Art. 181 CPP und „ordonnance de renvoi“ an das „Tribunal correctionnel“ bei Vergehen, s. Art. 179 Abs. 1 CPP oder ggf. an das „Tribunal de police“, s. Art. 179-1 CPP bei Ordnungswidrigkeiten).

### c) Festlegung des Untersuchungsgegenstands

Sowohl in Deutschland als auch Frankreich werden in einem Verfahren vor dem gerichtlichen Hauptverfahren Beweise erhoben. Die während dieses Verfahrensabschnitts gesammelten Beweismittel dienen als Fundament sowohl der Anklage, als auch der gerichtlichen Verhandlung. Trotz dieser Gemeinsamkeit lässt die Gegenüberstellung der beiden Rechtsordnungen zeitliche sowie inhaltliche Unterschiede erkennen.

Zum einen ist die Frage, ob Anklage zu erheben ist, in Frankreich einem gesonderten, zweiten Verfahrensabschnitt („phase de poursuite“) vorbehalten. Ein vergleichbares, rein polizeiliches Vorverfahren ist die „phase d'enquête“ kennt die StPO nicht (obwohl in der Praxis die Ermittlungsleitung grundsätzlich in den Händen der Polizei liegen und das Verfahren der Staatsanwaltschaft allein zur Entscheidung über die Anklageerhebung weitergeleitet wird. Nichtsdestotrotz werden die polizeilichen Untersuchungen und die staatsanwaltliche Verfügung im Rahmen eines einzigen Verfahrensstadiums, dem Ermittlungsverfahren, getroffen.)<sup>358</sup>.

Zum anderen sieht das französische Recht keine systematische gerichtliche Kontrolle bei Anklageerhebung, vergleichbar mit dem Zwischenverfahren gem. §§ 199 ff. StPO, vor. Diese ist nur bei Verbrechen und schwerwiegenden, komplexen Vergehen durch die Eröffnung einer „information“ vorgesehen. In diesen Fällen erfolgt die Anklageerhebung sogar durch den

---

<sup>358</sup> Gercke/Julius/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, S. 1002.

Untersuchungsrichter selbst, s. Art. 175 ff. CPP.

Dabei kann die französische „phase de poursuite“ und genauer die „information“ nicht mit dem deutschen, gerichtlichen Zwischenverfahren verglichen werden. Dem französischen Untersuchungsrichter kommt eine autonome Sachverhaltsermittlungskompetenz (im Rahmen des Ermittlungsauftrags der Staatsanwaltschaft, s. Art. 80 Abs. 1 CPP) zu. Er allein kann, mithilfe der Polizei (die dann im Rahmen der sog. „commission rogatoire“ tätig wird, s. Art. 152 Abs. 1 CPP), die beweisrechtliche Grundlage einer Anklage schaffen. Dem deutschen Richter kommt während des Zwischenverfahrens im Rahmen der Beweiserhebung hingegen nur eine sehr eingeschränkte Kompetenz hinsichtlich einer zusätzlichen Beweiserhebung zu, s. § 202 StPO.

Die Beschreibung des französischen Strafverfahrens macht deutlich, dass somit zwei Phasen des Strafverfahrens der Sachverhaltsaufklärung bei Verdacht einer Straftat dienen, nämlich die „phase d’enquête“ und die „information“. Beide Verfahrensstadien zeichnen sich dadurch aus, dass gegen eine Person, die einer Straftat (nur) verdächtig wird, von Seiten der Polizei, Staatsanwaltschaft oder des Untersuchungsrichters Untersuchungshandlungen zur Erforschung der Wahrheit angeordnet werden können.

Fraglich ist, ob im Rahmen dieser Arbeit sowohl auf die „phase d’enquête“, als auch auf die „information“ einzugehen sein wird, da sich wie oben gesehen diese Verfahren im Prinzip zeitlich, sowie inhaltlich ausschließen. Die polizeiliche Voruntersuchung soll sich entweder durch ihre Kürze („enquête de flagrance“) oder durch die alleinige Möglichkeit eingriffsschwache Maßnahmen vorzunehmen („enquête préliminaire“) auszeichnen. Nach der Konzeption der französischen Strafprozessordnung soll allein dem Untersuchungsrichter im Rahmen einer „information“ die klassische langwierige Ermittlungstätigkeit mit eingriffsstarken Maßnahmen vorbehalten sein<sup>359</sup>.

Der Charakter und die möglichen Zwangsmaßnahmen im Rahmen einer „information“ ähneln den Befugnissen der deutschen Strafverfolgungsbehörden im Rahmen eines

---

<sup>359</sup> Desportes/Lazerges-Cousquer, *Traité de Procédure Pénale*, Economica, Paris, 2015, S. 1003.



Ermittlungsverfahrens, so dass dies dafürsprechen könnte, allein dieses Verfahrensstadium in den Fokus der vorliegenden Arbeit zu rücken.

Der Ausschluss der „phase d'enquête“ im Rahmen dieser Arbeit würde aber nur dann gerechtfertigt erscheinen, wenn sich das polizeiliche Verfahren bis heute tatsächlich durch seine Kürze oder der fehlenden Möglichkeit eingriffsintensive Zwangsmaßnahmen vorzunehmen, auszeichnen würde. Dieser Befund könnte aber aufgrund einer Reform der französischen Strafprozessordnung in Frage gestellt werden. Es wird also im Folgenden zu prüfen sein, ob der CPP heute noch an der oben dargestellten traditionellen Grundkonzeption festhält.

Dies kann schon mit Blick auf die Kriminalstatistik verneint werden. Demnach wird die Mehrheit aller Ermittlungsverfahren als „enquête“ geführt. Nur 3-5 % aller Ermittlungsverfahren stellen eine „information“ dar, wobei die Tendenz fallend ist<sup>360</sup>.

Zudem ist die „phase d'investigation“ als eingriffsschwaches Vorverfahren heute eine Mär, denn es können, wie im Folgenden zu zeigen sein wird, auch in diesem Verfahrensstadium besonders grundrechtsintensive Zwangsmaßnahmen vorgenommen werden.

Während einer „enquête de flagrance“ (die früher nur bei dem Verdacht auf ein Verbrechen, heute aber auch bei Vergehen, die mit einer Freiheitsstrafe belegt sind, s. Art. 67 CPP, eingeleitet werden kann), stehen den polizeilichen Ermittlungsbehörden weitgehende Kompetenzen zu. Es können beispielsweise Wohnungsdurchsuchungen und Beschlagnahmen durchgeführt werden. Die „enquête de flagrance“ ist jedoch zeitlich begrenzt<sup>361</sup> und dient insbesondere der Sicherung von Beweismitteln in dringenden Fällen, so dass darin die Legitimierung der Kompetenzerweiterung gesehen werden kann.

Man könnte daher annehmen, dass vor allem die „enquête préliminaire“ noch das klassische,

---

<sup>360</sup> Ministère de la Justice, Les chiffres-clés de la Justice 2014, S. 14 ([www.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_stat\\_livret\\_final\\_HD.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_stat_livret_final_HD.pdf), Stand 26.03.2018); Kühne, Strafprozessrecht, S. 744; Pradel, Procédure pénale, Cujas, 2017, S. 704; Leblois-Happe, L'Européanisation du droit pénal français depuis le traité de Lisbonne, in Pin, Mémoire et droit pénal en France et en Allemagne, Société de législation comparée, Paris, 2017, S. 130; Nitschmann, in Vers un nouveau procès pénal? Neue Wege des Strafprozesses, S. 81.

<sup>361</sup> Obwohl gesetzliche Regelungen auch den zeitlichen Rahmen dieses Eilverfahrens erweitert haben, s. Art. 53 Abs. 3 CPP.

eingriffsschwache polizeiliche Vorverfahren darstellt<sup>362</sup>. Aber auch diese Verfahrensart unterlag erheblichen gesetzlichen Änderungen, die die Kompetenzen der Polizei stark erweitert und insbesondere auch erhebliche Grundrechtseingriffe erlaubt haben. Dabei ist insbesondere das sogenannte Gesetz „Loi Perben II“ vom 9. März 2004<sup>363</sup> zu nennen, das gewisse Zwangsmaßnahmen in diesem Verfahrensstadium nunmehr ohne vorherige Zustimmung der betroffenen Person erlaubt, s. bspw. Art. 76 Abs. 4 CPP für Wohnraumdurchsuchungen. Jedoch muss die Staatsanwaltschaft hierzu die richterliche Zustimmung des sog. „juge des libertés et de la détention“<sup>364</sup> (iF JLD, sinngemäß Freiheits- und Haftrichter) einholen, s. Art. 76 Abs. 4, 5 CPP.

Das Gesetz „Loi Perben II“ vom 9. März 2004 hat des Weiteren nicht nur Veränderungen in den schon bestehenden Artikeln 75 ff. CPP, die die „enquête préliminaire“ betreffen, vorgesehen, sondern zusätzlich einen neuen Abschnitt im 4. Buch (mit dem Titel „*de quelques procédures particulières*“) in die französische Strafprozessordnung eingeführt, der sich allein der Bekämpfung organisierter Kriminalität widmet, s. Artt. 706-73 ff. CPP<sup>365</sup>. Diese Vorschriften sehen besondere Erweiterungen der Kompetenzen der Ermittlungsbehörden vor, wobei Sonderregeln und besonders grundrechtsintensive Zwangsmaßnahmen sowohl für die „enquête de flagrance“, als auch die „enquête préliminaire“ und die „information“ vorgesehen wurden

---

<sup>362</sup> « *La phase policière, quant à elle, continue classiquement d'apparaître comme le dernier stade administratif de la procédure pénale : nulle instance, nulles parties et nulle juridiction en l'enquête.* », Décima, Prolégomènes – Irrésistible Juridictionnalisation ? In Décima, La juridictionnalisation de l'enquête pénale, Cujas, Paris, 2015, S. 11.

<sup>363</sup> Loi du 9 mars 2004 portant sur l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, n°2004-204, JORF, Nr. 59 v. 10.03.2004, S. 4567. Dieses Gesetz war sehr umstritten und war auch Gegenstand einer Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit, s. Cons. const., Entschdg. v. 02.03.2004, n° 2004-492 DC.

<sup>364</sup> Der JLD ist eine im Jahre 2010 eingeführte Richterfunktion, die im Rahmen der „phase d'enquête“ eine wichtige Rolle spielt, so insbesondere bei der Frage, ob Polizeigewahrsam („détention provisoire“) oder besondere Zwangsmaßnahmen angeordnet werden können. Zu den historischen Hintergründen für die Einführung dieser Richterfigur, van Ruymbeken, *Le juge d'instruction*, PUF, Paris, 2016, S. 8-11.

<sup>365</sup> Zudem wurden im Laufe der Jahre weitere gesetzliche Sonderregelungen in die französische Strafprozessordnung eingeführt zur Erweiterung der Kompetenzen der Behörden während eines Ermittlungsverfahrens, s. Artt. 706-34 ff. CPP zur Bekämpfung von Menschenhandel, Zuhälterei und Prostitution Minderjähriger sowie Art. 706-74 ff. CPP zur Bekämpfung von Sexualstraftaten und zum Schutz Minderjähriger. Zuletzt ist noch das Gesetz vom 03.06.2016 zu nennen (Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, JORF, Nr. 0129 v. 04.06.2016, Text Nr. 1) das in Art. 706-24-1 CPP erweiterte Ermittlungsmaßnahmen zur effektiven Terrorismusbekämpfung vorsieht und auf die diesbezüglichen Regelungen in den Artt. 706-73 ff. CPP verweist.

(genannt als „*procédure pénale bis*“<sup>366</sup>, sinngemäß paralleles Strafverfahren). Diese besonderen Ermächtigungen stehen den Ermittlungsbeamten stets zur Verfügung, wenn sich der Verdacht auf die Begehung einer Katalogtat iSd Artt. 706-73, 706-73-1, 706-74 CPP richtet. Es wurden des Weiteren bestimmte Zwangsmaßnahmen in die französische Rechtsordnung eingeführt. So wurde beispielsweise erstmalig eine gesetzliche Grundlage für die Wohnraumüberwachung geschaffen, s. Art. 706-96-1 CPP.

Das Gesetz, mit dem die Grundkonzeption des CPP stark verändert wurde, sah sich mit Kritik und einer gerichtlichen Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit konfrontiert<sup>367</sup>, wobei die Verfassungsmäßigkeit letztendlich bejaht wurde. Der Vorwurf lautete insbesondere, dass das Gesetz den Begriff der organisierten Kriminalität („*criminalité organisée*“) nicht hinreichend konkretisiere, so dass die Gefahr eines missbräuchlichen Rückgriffs auf dieses grundrechtsgefährdende Ermittlungsverfahren entstände<sup>368</sup>.

Aufgrund der zahlreichen Änderungen der französischen Strafprozessordnung wird das heute bestehende System darüber hinaus für unübersichtlich gehalten. Auch die Einführung des neuen Abschnitts in die französische Strafprozessordnung, der besondere Vorschriften zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität vorsieht, wird aufgrund der systematischen Stellung in den Artt. 706-73 ff. CPP bemängelt.

Auch die nunmehr bestehenden, erweiterten Ermittlungsbefugnisse im Rahmen einer „*enquête préliminaire*“ erschweren die Abgrenzung der „*phase d'enquête*“ von der „*information*“, obwohl sich diese Verfahrensabschnitte nach der Grundkonzeption des CPP sowohl inhaltlich als auch zeitlich ausschließen müssten<sup>369</sup>. Daher wird die Einteilung in

---

<sup>366</sup>Schenique, La réforme de la phase préparatoire du procès pénal, L'Harmattan, Paris, 2014, S. 53; Lazerges, Dédoublement de la procédure pénale et garanties des droits fondamentaux, in Alt-Maes/Barbieri/Bonfils/Bonhomme Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Dalloz, Paris, 2006, S. 587.

<sup>367</sup>Loi du 9 mars 2004 portant sur l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, n°2004-204, JORF, Nr. 59 v. 10.03.2004, S. 4567. Dieses Gesetz war sehr umstritten und war auch Gegenstand einer Prüfung der Verfassungsmäßigkeit, s. Cons. const., Entschdg. v. 02.03.2004, Nr. 2004-492 DC; Touzeau, La qualification des faits durant l'enquête de police, 2013, S. 13, <http://memoire.jm.u-psud.fr/upload/Memoire-definitif-Touzeau-M2DPPDP-2012-2013.pdf> (Stand 07.02.2017).

<sup>368</sup>Lazerges, Dédoublement de la procédure pénale et garanties des droits fondamentaux in Alt-Maes/Barbieri/Bonfils/Bonhomme, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Dalloz, Paris, 2006, S. 576 – 581.

<sup>369</sup>Literaturansichten sind der Meinung, dass das Nebeneinander von „*enquête*“ und „*information*“ eine

„enquête préliminaire“, „enquête de flagrance“ und „information“ für überflüssig befunden; teilweise löst man sich auch von den Grundbegriffen und spricht vielmehr allgemein von einer „investigation/enquête policière“ (polizeilichen Untersuchung) und einer „investigation/enquête judiciaire“ (richterlichen Untersuchung), da sich diese Verfahrensstufen fast nur noch durch die handelnden Organe unterscheidet<sup>370</sup>. Die klassische Einteilung in eine eingriffsschwache polizeiliche Vorermittlung und eine eingriffsintensive „information“ finde nämlich seine Entsprechung heute so nicht mehr in dem Gesetz, vielmehr gleichen sich die Verfahren immer weiter an. Aus diesem Grund wird auch von einigen Stimmen in der Literatur die Etablierung eines einheitlichen Verfahrens gefordert<sup>371</sup>.

Im Rahmen dieser Arbeit kann mit Blick auf die obigen Erkenntnisse zusammenfassend festgehalten werden, dass unabhängig von der umstrittenen terminologischen und inhaltlichen Differenzierung der einzelnen Phasen des französischen Strafverfahrens, die relevanten Konflikte zwischen den Rechten einer verdächtigen Person einerseits und dem staatlichen Interesse der Wahrheitserforschung andererseits sowohl im Rahmen einer „enquête de flagrance“ und einer „enquête préliminaire“ als auch einer „information“ zu Tage treten. Mithin unterfallen diese drei Verfahrenskategorien dem Untersuchungsgegenstand „Ermittlungsverfahren“ im Sinne dieser Arbeit. Die polizeilichen, staatsanwaltlichen und untersuchungsrichterlichen Befugnisse nach französischem Recht werden mit den deutschen Ermittlungsbefugnissen den Gegenstand der Arbeit bilden.

Diese erste Gegenüberstellung zeigt, dass dem deutschen und französischen Ermittlungsverfahren ganz eigene Konzepte<sup>372</sup> zugrunde liegen, die in ihrem Gesamtkontext

---

Schwachstelle des französischen Strafverfahrens darstellen. Im Grunde schließen sich diese Verfahrensstadien zeitlich und inhaltlich aus, zeigen nach etlichen Gesetzesreformen jedoch immer mehr Parallelen auf, s. Desportes/Lazerges-Cousquer, *Traité de Procédure Pénale*, Economica, Paris, 2015, S. 1003.

<sup>370</sup> Bonis-Garçon, in *La juridictionnalisation de l'enquête pénale*, Cujas, Paris, 2015, S. 20; Leblois-Happe, *Schussbetrachtung/Conclusion: Rapport de synthèse*, in Jung/Leblois-Happe/Witz, *200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le Bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, S. 245 (« *Hier wie auch sonst erweisen sich Strafprozess und Strafprozessrecht als komplexes Gesamtgefüge.* »).

<sup>371</sup> Desportes/Lazerges-Cousquer, *Traité de Procédure Pénale*, Economica, Paris, 2015, S. 1007.

<sup>372</sup> Dies gilt allgemein für nationale Strafprozessordnungen, s. Eser, in *Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands*, S. 3; Perron, in *FS für Wilfried Küper*, S. 434. Die nationalen Strafrechtsordnungen der Mitgliedstaaten müssen auch im Rahmen einer rechtsvergleichenden Analyse stets in

verstanden werden müssen<sup>373</sup> und auch in den weiteren Ausführungen eine besondere Rolle einnehmen werden.

## **2. Die Einleitung des Ermittlungsverfahrens in Deutschland und Frankreich**

### a) Tabellarischer Überblick über mögliche Ermittlungsmaßnahmen

Mit der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens kommt es zu einem Kompetenzzuwachs der zuständigen Ermittlungsorgane, der insbesondere die Anordnung von Zwangsmaßnahmen erlaubt (Wohnungsdurchsuchungen, Beschlagnahmen, Telekommunikationsüberwachungen, usw.).

Im Folgenden soll zunächst tabellarisch dargestellt werden, wann die zu untersuchenden Zwangsmaßnahmen in Deutschland und Frankreich (bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen) während eines Ermittlungsverfahrens vorgenommen werden können. Sodann wird zu untersuchen sein, wann ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wird oder eingeleitet werden muss.

Zum Verständnis der in den Tabellen aufgeführten Kategorien ist darauf hinzuweisen, dass dargelegt werden soll, ob und gegebenenfalls bei Verdacht auf welche Straftat die jeweiligen Ermittlungsmaßnahmen angeordnet werden können. Hinsichtlich der Beschuldigtenvernehmung wird im Rahmen der französischen Rechtsordnung nach „suspect“/„témoin assisté“/„personne mise en examen“ unterschieden, eine Unterteilung auf die in dem Abschnitt zur Beschuldigtenvernehmung noch genauer einzugehen sein wird.

---

ihrer Gesamtkonzeption betrachtet werden, s. Hecker, Europäisches Strafrecht, S. 452; Perron, ZStW, 1996, S. 149-152.

<sup>373</sup> Diese Eigenheiten eines jeden Rechtssystems bedingt durch unterschiedliche historische Entwicklungen und Einflüsse führen zu Spannungen im europäischen Rechtshilfesystem, s. dazu ausführlich Klip, *European Criminal Law*, intersentia, Cambridge/Antwerpen/Portland, 2016, S. 40; Weyembergh, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2004, S. 112 ff. Gleichzeitig sehen einige Literaturansichten die Entwicklung hin zu einer europäischen Kultur aufgrund der gewollten bzw. erzwungenen Einhaltung von gewissen Grundrechten s. Roux-Demare, *De l'entraide pénale à l'Europe pénale*, S. 196, 209, 210 : "*Il faut relever immédiatement l'importance fondamentale de la CEDH, de la CESDH et par extension des droits de l'homme sur le phénomène de l'harmonisation rendant opérationnelle l'idée même d'harmonisation*" (S. 226); ebenso: Koering-Joulin, *The Preparatory Phase of the Criminal Proceeding: Major Trends in European Jurisprudence*, in Delmas-Marty: *The Criminal Process and Human Rights, Toward a European Consciousness*, PUF, Paris, 1995, S. 15.

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass im Rahmen der Sondervorschriften bezüglich der Bekämpfung der organisierten Kriminalität im französischen Recht die allgemeinen Vorschriften gelten, soweit die Artt. 706-73 ff. CPP nichts anderes vorsehen.

In Deutschland:

	Vergehen < 1 Jahr Freiheitsstrafe	Vergehen > 1 Jahre Freiheitsstrafe	Verbrechen	Organisierte Kriminalität
Beschuldigtenvernehmung	+	+	+	Keine Sondervorschriften
Zeugenvernehmung	+	+	+	Keine Sondervorschriften
Wohnungsdurchsuchung	+	+	+	Keine Sondervorschriften
Beschlagnahme	+	+	+	Keine Sondervorschriften

In Frankreich:

- Während einer "enquête de flagrance":

	Vergehen < 1 Jahr Freiheitsstrafe	Vergehen > 1 Jahr Freiheits- strafe	Vergehen > 2 Jahre Freiheits- strafe	Vergehen > 5 Jahre Freiheitsstrafe	Verbrechen	Organisierte Kriminalität
Zeugenver- nehmung	+	+	+	+	+	+
Vernehmung des „suspect“	+	+	+	+	+	+
Wohnungs- durch- suchung	-, Art. 67 CPP	+, Artt. 56, 67 CPP	+, Artt. 56, 67 CPP	+, Artt. 56, 67 CPP	+, Art. 56 CPP	+, Artt. 56, 67 iVm Artt. 706-89 ff. CPP
Beschlag- nahme	-, Art. 67 CPP	+, Art. 54, 56 CPP	+, Art. 54, 56 CPP	+, Art. 54, 56 CPP	+, v. Art. 54, 56 CPP	+, Art. 54, 56 CPP

- Während einer “enquête préliminaire”:

	Vergehen ohne Freiheits- strafe	Vergehen > 1 Jahr Freiheits- strafe	Vergehen > 2 Jahre Freiheits- strafe	Vergehen > 5 Jahre Freiheits- strafe	Verbrechen	Organisier- te Krimina- lität
Zeugenver- nehmung	+	+	+	+	+	+
Vernehmung des „suspect“	+	+	+	+	+	+
Wohnungs- durchsuchung	+, Zustimmung erforderlich, Art. 76 Abs. 1 CPP	+, Zustimmung erforderlich, Art. 76 Abs. 1 CPP	+, Zustimmung erforderlich, Art. 76 Abs. 1 CPP	+, Art. 76 Abs. 4 CPP (JLD)	+, Art. 76 Abs. 4 CPP (JLD)	+, Art. 76 iVm Artt. 706-89 ff., 706-94 Abs. 2 CPP
Beschlag- nahme	+, Zustimmung erforderlich, Art. 76 Abs. 1 CPP	+, Zustimmung erforderlich, Art. 76 Abs. 1 CPP	+, Zustimmung erforderlich, Art. 76 Abs. 1 CPP	+, Art. 76 Abs. 4 CPP (JLD)	+, Art. 76 Abs. 4 CPP (JLD)	+, Art. 76 iVm Artt. 706-89 ff., 706-94 Abs. 2 CPP



- Während einer „information“:

	Vergehen ohne Freiheits- strafe	Vergehen > 1 Jahr Freiheits- strafe	Vergehen > 2 Jahre Freiheits- strafe	Vergehen > 5 Jahre Freiheits- strafe	Verbrechen	Organisier- te Krimina- lität
Zeugenver- nehmung	-, wohl kein Anlass für „informa- tion“	+	+	+	+	+
Vernehmung des „témoin assisté“	-, wohl kein Anlass für „informa- tion“	+	+	+	+	+
Vernehmung der Person „mise en examen“	-, wohl kein Anlass für „informa- tion“	+	+	+	+	+
Wohnungs- durchsuchung	-, wohl kein Anlass für „informa- tion“	+	+	+	+	+, s. Artt. 706-89 ff. CPP
Beschlag- nahme	-, wohl kein Anlass für „informa- tion“	+	+	+	+	+

Nachdem tabellarisch die Befugnisse der deutschen und französischen Ermittlungsbehörden aufgezeigt wurden, ist zu prüfen ab welchem konkreten Zeitpunkt den Ermittlungsbehörden

diese Befugnisse zustehen.

## b) Deutschland

In Deutschland hat die Staatsanwaltschaft das Recht, gleichzeitig jedoch auch die Pflicht ab Kenntnis von dem Verdacht einer Straftatbegehung und genügend tatsächlicher Anhaltspunkte ein Ermittlungsverfahren einzuleiten, vgl. § 160 Abs. 1 StPO (sog. Legalitätsgrundsatz). In der Praxis wird es jedoch oftmals die Polizei sein, die das Verfahren einleitet.

Die Strafverfolgungsbehörden erlangen dabei entweder mittels einer Anzeige<sup>374</sup> oder auf andere Art Kenntnis von dem Verdacht einer Straftat, vgl. § 160 Abs. 1 StPO. Man spricht dann allgemein von einem Anfangsverdacht, ein Begriff der sich so nicht im Gesetz findet<sup>375</sup>. Er unterscheidet sich von dem gesetzlichen Begriff des „hinreichenden Tatverdachts“, der zur Anklageerhebung gefordert wird, (vgl. §§ 170, 203 StPO) dadurch, dass letzterer aus den vorangegangenen Ermittlungen die Wahrscheinlichkeit der Verurteilung folgern lässt<sup>376</sup>.

Ein Anfangsverdacht hingegen wird dann bejaht, wenn hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine mögliche Straftatbegehung sprechen<sup>377</sup>. Dabei hat die ermittelnde Behörde zu prüfen, ob die vorliegenden Indizien sowohl in tatsächlicher, als auch in rechtlicher Hinsicht eine Straftat darstellen könnten<sup>378</sup>. Ein Anfangsverdacht könnte mithin dann verneint werden, wenn eine Situation der Notwehr iSv § 32 Strafgesetzbuch (iF StGB) vorgelegen hat oder offensichtlich schuldlos gehandelt wurde<sup>379</sup>. Die Staatsanwaltschaft hat Ermittlungsverfahren nur bei verfolgbaren Straftaten einzuleiten.

Der Anfangsverdacht unterliegt zusammenfassend entweder einem zeitlichen („Strafanzeige“)

---

<sup>374</sup> Erfasst sind sowohl der Strafantrag, als auch die gewöhnliche Strafanzeige, s. § 158 StPO.

<sup>375</sup> Hellmann, FS für Hans-Heiner Kühne, S. 238.

<sup>376</sup> Gercke/Julius/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, S. 1004.

<sup>377</sup> Schuhr, in MK, Vor §§ 133 ff Rn 23.

<sup>378</sup> Gercke/Julius/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, S. 1004.

<sup>379</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 152 Rn 4; Gercke/Julius/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, S. 1004.

oder einem offenen, sonstigen Kriterium („Kenntnis auf andere Weise“).

aa) Strafanzeige

Sobald die Staatsanwaltschaft eine Anzeige erhält und dadurch zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht einer Straftat bekannt werden, hat sie den Sachverhalt zu erforschen und ein Ermittlungsverfahren einzuleiten. Dies gilt auch im Falle einer anonymen Anzeige<sup>380</sup>. Die Strafanzeigen müssen hierfür jedoch hinreichend konkrete Angaben enthalten<sup>381</sup>. Zureichende Anhaltspunkte können schon dürftige, noch ungeprüfte Angaben wie Gerüchte sein<sup>382</sup> oder einseitige Behauptungen des Anzeigenerstatters, nicht jedoch, wenn dieser als unzuverlässig bekannt ist und die von ihm vorgebrachten Angaben von vorneherein als haltlos und unrichtig eingestuft werden können<sup>383</sup>. Dabei gilt aber grundsätzlich, dass eine umfassende Prüfung des Wahrheitsgehaltes der Angaben nicht im Rahmen der Prüfung des Bestehens eines Anfangsverdachts getroffen werden kann, sondern dies das Ziel des Ermittlungsverfahrens ist<sup>384</sup>.

bb) Sonstiges Kriterium „Kenntnis auf andere Weise“

Die Staatsanwaltschaft hat zudem dann ein Verfahren einzuleiten, wenn sie auf andere Weise Kenntnis von einer Straftatbegehung erlangt hat. Die Kenntniserlangung muss sich auf konkrete Tatsachen stützen. Die Frage ob solche vorliegen, ist dabei mit Blick auf den Legalitätsgrundsatz als Ausfluss des Gleichheitsgrundsatzes in Art. 3 GG keine Ermessensentscheidung, wengleich den Ermittlungsbehörden ein gewisser Beurteilungsspielraum zusteht<sup>385</sup>, wobei hier insbesondere die kriminalistische Erfahrung einen wesentlichen Faktor darstellen<sup>386</sup>. Entfernte Indizien und bloße Vermutungen reichen jedoch

---

<sup>380</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 152 Rn 4; Schuhr, in MK, Vor §§ 133 ff. Rn 23; Nr. 8 der Richtlinie für das Straf- und Bußgeldverfahren; Deutsches Rechtslexikon, Band 1, S. 1451.

<sup>381</sup> Gercke/Julius/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, S. 1004.

<sup>382</sup> RG, Urt. v. 18.06.1936, Az.: 2 D 311/36 - juris.

<sup>383</sup> Gercke/Julius/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, S. 1004.

<sup>384</sup> Gercke/Julius/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, S. 1004.

<sup>385</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 152 Rn 4.

<sup>386</sup> Hellmann, in FS für Hans-Heiner Kühne, S. 241.

genauso wenig wie kriminalistische Hypothesen<sup>387</sup>.

Die willkürliche Verfahrenseinleitung kann einen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens iSv Art. 6 Abs. 1 EMRK darstellen<sup>388</sup>. Gleichzeitig kann aber auch die verspätete Einleitung eine Verletzung dieser Vorschrift begründen, wenn trotz Vorliegen zureichender tatsächlicher Anhaltspunkte für eine versuchte Straftat von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens abgesehen wird, um die Verfolgung wegen einer vollendeten Straftat zu ermöglichen<sup>389</sup>.

Es werden jedoch grundsätzlich keine zu hohen Anforderungen an die Bejahung eines Anfangsverdachts gestellt<sup>390</sup>. Der Verdacht muss weder hinreichend iSv § 203 StPO noch dringend iSv § 112 StPO sein.

Vor Einleitung eines Ermittlungsverfahrens und allein zur Ermittlung des Vorliegens eines Anfangsverdachts sind formlose informatorische Befragungen erlaubt<sup>391</sup>. Die Strafverfolgungsbehörden werden tätig, weil sie sich über das Geschehene in Kenntnis setzen müssen und nicht, weil sie eine bestimmte Tatbegehung bereits für möglich halten. Ab der Begründung eines Anfangsverdachts sind jedoch die Vorschriften der StPO einzuhalten.

### c) Frankreich

Die französische Strafprozessordnung unterscheidet wie oben gesehen drei Verfahrensstadien, die „enquête de flagrance“, die „enquête préliminaire“ sowie die „information“. Es wird im Folgenden zu prüfen sein, ob der jeweilige Beginn der Verfahren divergiert und von welchen Kriterien dies abhängig ist.

#### aa) „enquête de flagrance“

Eine „enquête de flagrance“ kann eingeleitet werden, wenn eine Straftat gerade begangen wird

---

<sup>387</sup> LG Bielefeld, Urt. v. 29.09.2010 10, Az.: Qs 404/10 - juris; Gercke/Julius/Temming/Zöllner, Strafprozessordnung, S. 1004.

<sup>388</sup> BGH, Urt. v. 21.04.1988, Az.: III ZR 255/86 – jurion.

<sup>389</sup> BGH, Beschl. v. 12.01.2005, Az.: 5 StR 191/04 – hrr-strafrecht.

<sup>390</sup> Hellmann, in FS für Hans-Heiner Kühne, S. 246.

<sup>391</sup> BGHSt 38, 214; BGHSt 51, 367; Rogall, in SK, Vor § 133 Rn 42; Gercke/Julius/Temming/Zöllner, Strafprozessordnung, S. 1002; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 196, 197.

oder wurde oder wenn aufgrund besonderer Indizien eine just begangene Straftatbegehung wahrscheinlich erscheint (wenn nämlich in einem engen zeitlichen Zusammenhang zu dem vermeintlichen Straftat eine verdächtige Person von der Öffentlichkeit verfolgt wird oder eine Person im Besitz von Gegenständen angetroffen wird, oder Anzeichen dafür aufweist, die vermuten lassen, dass sie an einer Straftat teilgenommen hat), s. Art. 53 Abs. 1 CPP. Es könnte von einer „Straftatbegehung auf frischer Tat“ gesprochen werden in Anlehnung an das erweiterte Festnahmerecht iSv § 127 StPO<sup>392</sup>.

Der Originalgesetzestext in Art. 53 Abs. 1 CPP lautet dabei wie folgt:

*“Est qualifié crime ou délit flagrant le crime ou le délit qui se commet actuellement, ou qui vient de se commettre. Il y a aussi crime ou délit flagrant lorsque, dans un temps très voisin de l’action, la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique, ou est trouvée en possession d’objets, ou présente des traces ou indices, laissant penser qu’elle a participé au crime ou au délit.”*

Das Gesetz definiert die Verfolgung auf frischer Tat mithin allein anhand eines zeitlichen

---

<sup>392</sup> Mit Blick auf Deutschland könnte sich die Frage stellen, ob die Einleitung einer „enquête de flagrance“ vergleichbaren Regeln wie die Bejahung von Gefahr im Verzug, die ebenfalls mit einer Erweiterung der polizeilichen und staatsanwaltlichen Kompetenzen einhergeht, s. bspw. § 105 StPO, folgt. Gefahr im Verzug liegt vor, wenn das Anrufen eines Ermittlungsrichters die Erhebung eines Beweismittels erheblich erschweren oder unmöglich machen würde. In solchen Fällen kann die Staatsanwaltschaft, sowie die polizeilichen Ermittlungsbeamten Zwangsmaßnahmen in den gesetzlich angeordneten Fällen ohne Zustimmung des Ermittlungsrichters vornehmen. Folglich dient die Figur der Gefahr im Verzug wie im französischen Recht der Sicherung von Beweismitteln in dringenden Fällen. Jedoch ist fraglich, ob der Anknüpfungspunkt für die Kompetenzerweiterung der Ermittlungsbehörden in Deutschland und Frankreich der gleiche ist. Dem kann jedoch schon entgegeng gehalten werden, dass eine „enquête de flagrance“ nicht nur dann eingeleitet werden kann, wenn Beweismittel in akuter Gefahr sind, sondern allgemein, wenn eine aktuelle Straftatbegehung im Verdacht steht. Die ermittelnden französischen Behörden haben dann 8 Tage lang Zeit, um die notwendigen Maßnahmen zu treffen, ohne dass ihnen in Art und Umfang Schranken gesetzt werden. Die Behörden könnten beispielsweise innerhalb dieses Zeitraums mehrere Wohnungsdurchsuchungen und Beschlagnahmen anordnen, wenn dies erforderlich ist. Eine solche Kompetenzerweiterung sieht der deutsche Gesetzgeber im Falle von Gefahr im Verzug jedoch nicht vor. Die Idee besteht vielmehr darin, punktuelle Eingriffe zu erleichtern, wenn ansonsten der Verlust von Beweismitteln zu befürchten ist. Aufgrund dieser Ausnahmesituation ist auch nicht denkbar, dass die ermittelnden Behörden während eines Zeitraums von mehreren Tagen unterschiedliche Ermittlungsmaßnahmen vornehmen. Der Begriff der Gefahr im Verzug wird restriktiv ausgelegt (BVerfG, Beschl. v. 16.06.2015, Az.: 2 BvR 2718/10, 2 BvR 1849/11, 2 BvR 2808/11 – hrr-straftrecht). Mithin können die deutsche Figur der Gefahr im Verzug mit der französischen Konzeption der „enquête de flagrance“ nicht miteinander verglichen werden. Vielmehr besteht eine Ähnlichkeit mit dem Begriff der Straftatbegehung auf frischer Tat wie sie in § 127 StPO im Rahmen des erweiterten Festnahmerechts vorgesehen ist.

Moments, dem die Rechtsprechung folgt<sup>393</sup>, gleichzeitig aber auch andere Kriterien einer „flagrance“ entwickelt hat.

So wird in dem Urteil Isnard des französischen Kassationsgerichtshofs vom 22. Januar 1953<sup>394</sup> der Begriff des „délit de flagrance“ erstmalig außerhalb des zeitlichen Moments definiert. Es wurde entschieden, dass eine Durchsuchung von einem Polizisten ohne Einverständnis der betroffenen Person und ohne richterliche Genehmigung durchgeführt werden kann, wenn offensichtliche Indizien für die Begehung einer Straftat auf frischer Tat vorliegen (so genannte „indices apparents d'un comportement délictueux“). Die daraus entwickelte „théorie de l'apparence“ hat bis heute noch Gültigkeit<sup>395</sup>.

Demnach müssen solche offensichtlichen Indizien objektiv und von einigem Gewicht sein<sup>396</sup>. So reicht allein eine Unterrichtung oder anonyme Anzeige nicht aus<sup>397</sup>. Es müssen weitere Umstände hinzutreten, bspw. muss ein anonymes Anruf mit besonderen weiteren Details die Straftatbegehung plausibel umschreiben<sup>398</sup>, das Opfer einer Strafanzeige identifizierbar sein<sup>399</sup> oder eine Person muss merkbar versuchen sich dem Blick der Polizei zu entziehen<sup>400</sup> oder weitere Umstände sprechen dafür, dass eine Straftat soeben begangen wurde (z.B. Waffe in einem Unfallfahrzeug/Unfallnähe<sup>401</sup> oder spontanes Geständnis mit Hinweis auf den

---

<sup>393</sup> Crim., Urt. v. 20.09.2006, Nr. 06.-84-343, inédit - legifrance.

<sup>394</sup> Crim., Urt. v. 22.01.1953, Bull. crim. Nr. 24, S. 36, D. 1953, S. 533, note Lapp.

<sup>395</sup> Bouloc, Procédure pénale, Dalloz, Paris, 2017, S. 460.

<sup>396</sup> Crim., Urt. v. 25.06.2014, Nr. 14-81647, Bull. crim. Nr. 164; Crim., Urt. v. 11.05.1999, Nr. 98-82900, Bull. crim. Nr. 91; Crim., 17.10.1995, Nr. 95-81847, Bull. crim. Nr. 309; Crim., Urt. v. 29.06.1993, Nr. 93-80544, Bull. crim. Nr. 228; Crim., Urt. v. 17.05.1993 - legifrance; Crim., Urt. v. 22.04.1992, Nr. 90-85125; Bull. crim. Nr. 169, D., 1995, S. 59 note Matsopoulou; Crim., Urt. v. 23.10.1991, Nr. 90-85.321, Bull. crim. Nr. 371, D., 1992, IR 38; Crim., Urt. v. 08.10.1985, Nr. 84-95606, Bull. crim. Nr. 30; Bouloc, Procédure pénale, Dalloz, Paris, 2017, S. 461.

<sup>397</sup> Crim., Urt. v. 11.07.2007, Nr. 07-83427, Bull. crim. Nr. 183; Crim., Urt. v. 02.02.1988, Nr. 87-81147, Bull. crim. Nr. 52; Crim., Urt. v. 21.07.1982, Nr. 82-91034, Bull. crim. Nr. 192.

<sup>398</sup> Crim., Urt. v. 23.10.1991, Nr. 90-85321, Bull. crim. Nr. 371; Touzeau, La qualification des faits durant l'enquête de police, 2013, S. 11, 12, <http://memoire.jm.u-psud.fr/upload/Memoire-definitif-Touzeau-M2DPPDP-2012-2013.pdf> (Stand 07.02.2017).

<sup>399</sup> Crim., Urt. v. 11.05.1999, Nr. 99-81587, Bull. crim. Nr. 91.

<sup>400</sup> Crim., Urt. v. 08.10.1985, Nr. 84-95606, Bull. crim. Nr. 301.

<sup>401</sup> Crim., Urt. v. 05.01.2005, Nr. 04-82524, Bull. crim. Nr. 6; Crim., Urt. v. 02.03.1993, Nr. 91-81033, Bull. crim. Nr. 93.

Belegenheitsort von Betäubungsmitteln<sup>402</sup>).

Die Auflistung dieser Beispiele aus der Praxis macht deutlich, dass eine allgemeine Umschreibung wann offensichtliche Indizien eine Straftatbegehung auf frischer Tat vermuten lassen, nur schwer vorgenommen werden kann. Den Behörden wird aufgrund ihrer kriminalistischen Erfahrung ein Einschätzungsspielraum belassen<sup>403</sup>. Dies zeigt sich insbesondere auch in der weiten Befugnis von dem Stadium einer „enquête préliminaire“ in eine „enquête de flagrance“ zu wechseln<sup>404</sup>.

bb) „enquête préliminaire“

Das Einleitungsmoment einer „enquête préliminaire“ ist gesetzlich nicht geregelt. Es findet sich allein in Art. 14 CPP eine Umschreibung der Zielsetzung eines solchen Verfahrens, nämlich die Feststellung der Begehung einer Straftat, die Erhebung von Beweisen und die Identifizierung des Täters, solange noch keine „information“ durch die Staatsanwaltschaft eröffnet wurde. Dieses Verfahrensstadium soll insbesondere der Orientierung dienen und ungerechtfertigte Verfolgungen vermeiden<sup>405</sup> beziehungsweise schnell, außerhalb einer langwierigen „information“, die begangene Straftat feststellen und ein beschleunigtes Verfahren<sup>406</sup> gegen den Täter einleiten.

Dies lässt jedoch noch keinen Schluss darauf zu in welchen Fällen überhaupt ein solches Verfahren einzuleiten ist<sup>407</sup>. Laut herrschender Meinung ist eine „enquête préliminaire“ zu eröffnen, wenn Tatsachen vermuten lassen, dass eine Straftat begangen wurde<sup>408</sup>. Eine

---

<sup>402</sup> Crim., Urt. v. 18.01.2011, Nr. 10-84.980, Bull. crim. Nr. 8 - legifrance.

<sup>403</sup> Touzeau, La qualification des faits durant l'enquête de police, 2013, S. 11, <http://memoire.jm.u-psud.fr/upload/Memoire-definitif-Touzeau-M2DPPDP-2012-2013.pdf> (Stand 07.02.2017).

<sup>404</sup> Crim. Urt. v. 12.05.2009, Nr. 09-81434, Bull. crim. Nr. 90, D., 2009, S. 2900, obs. Matsopoulou; Touzeau, La qualification des faits durant l'enquête de police, 2013, S. 12, <http://memoire.jm.u-psud.fr/upload/Memoire-definitif-Touzeau-M2DPPDP-2012-2013.pdf> (Stand 07.02.2017).

<sup>405</sup> Bouloc, Procédure pénale, Dalloz, Paris, 2017, S. 492.

<sup>406</sup> Zum Beispiel in Form der „citation directe“ oder der „comparution immédiate“.

<sup>407</sup> „en dehors des conditions d'urgence propres à la flagrance, destinées à fournir au procureur de la République les renseignements relatifs à un fait susceptible de constituer une infraction afin qu'il puisse décider de la suite à lui donner.“: Crim., Urt. v. 05.10.2011, Nr. 11-81125, Bull. crim., Nr. 195; Crim., Urt. v. 19.08.2009, Nr. 09-83296 – legifrance.

<sup>408</sup> « (...) de n'être ouverts que lorsque des éléments (...) laissent supposer l'existence d'une infraction »: Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité de Procédure Pénale, Economica, Paris, 2015, S. 1031.

Ermittlungspflicht wie in § 160 StPO findet sich in der französischen Rechtsordnung nicht. Es gilt ein weites Opportunitätsprinzip<sup>409</sup>. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass das Opfer die Eröffnung einer "information" beantragen kann<sup>410</sup>, wenn die Staatsanwaltschaft zuvor einer einfachen Anzeige keine Folge geleistet hat (sog. „plainte avec constitution de partie civile“), s. Art. 85 CPP.

Im Gegensatz zu der „enquête de flagrance“ die wie oben dargestellt mit erheblichen Grundrechtseingriffen seitens der Polizei verbunden sein kann, werden an die Voraussetzung der Einleitung einer „enquête préliminaire“ weniger hohe Hürden gestellt. Es reicht aus, dass die Polizei eine Straftatbegehung für möglich hält („fait susceptible de constituer une infraction“<sup>411</sup>), bspw. durch einen Strafantrag oder im Laufe anderer polizeilicher oder administrativer Ermittlungen oder Tätigkeiten (s. Artt. 17, 40 CPP)<sup>412</sup>. Dennoch fordert die Rechtsprechung eine gewisse Erheblichkeit der Tatsachen. So kann zwar ein anonymes Anruf die Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens auslösen, jedoch nur dann, wenn es sich dabei nicht um das einzige Indiz handelt<sup>413</sup>.

cc) „information“

Eine „information“ wird eingeleitet, wenn die Staatsanwaltschaft nach eigener oder polizeilicher Voruntersuchung davon ausgeht, dass die Möglichkeit der Begehung eines Verbrechens oder eines komplexen Vergehens besteht, s. Art. 79 CPP. In diesem Zusammenhang erklären sich auch die polizeilichen Informationspflichten während der „phase d’investigation“ aus Artt. 54, 67, 75-2 CPP<sup>414</sup>.

Hinsichtlich des Anfangsverdachts bedeutet dies, dass zumindest noch derselbe Verdachtsgrad wie im Rahmen einer „enquête préliminaire“ vorliegen muss<sup>415</sup>. Aufgrund der ähnlichen

---

<sup>409</sup> Bouloc, Procédure pénale, Dalloz, Paris, 2017, S. 640; Barth/Koch, in Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands, S. 98.

<sup>410</sup> Perron, in Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 104.

<sup>411</sup> Crim., Urt. v. 19.08.2009, Nr. 09-832296 – legifrance.

<sup>412</sup> Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité de Procédure Pénale, Economica, Paris, 2015, S. 1050.

<sup>413</sup> Crim., Urt. v. 09.11.2010, Nr. 10-82918 – legifrance, Dalloz Actualité, obs. Léna.

<sup>414</sup> Pradel, Procédure pénale, Cujas, Paris, 2017, S. 705.

<sup>415</sup> „Ces deux cadres juridiques ont en commun de n’être ouverts que lorsque des éléments, même ténus, laissent supposer l’existence d’une infraction.“, Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité de Procédure Pénale, Economica,



Zielrichtung der „information“ und der „enquête préliminaire“ ist eine klare (zeitliche oder inhaltliche) Trennung dieser beiden Verfahrensstadien nur schwer möglich<sup>416</sup>.

#### d) Zwischenergebnis

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass in Frankreich, anders als in Deutschland, kein einheitlicher Zeitpunkt (im Sinne eines Anfangsverdachts) existiert, der das auslösende Moment eines Ermittlungsverfahrens darstellt. Dem deutschen Rechtsbegriff des Anfangsverdachts entspricht der Verdachtsgrad, der zur Eröffnung einer „enquête préliminaire“ iSv Art. 75 CPP bzw. einer „information“ berechtigt<sup>417</sup>. Es reicht demnach aus, dass die ermittelnden Organe aufgrund konkret bestimmbarer Umstände eine Straftatbegehung für möglich halten.

Es kann zudem festgestellt werden, dass in Deutschland der Anfangsverdacht, unabhängig von der in Verdacht stehenden Straftat, den Schlüssel zu allen Zwangsmaßnahmen darstellt (wobei natürlich alle weiteren gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen müssen)<sup>418</sup>. In Frankreich hingegen können eingriffsintensive Untersuchungshandlungen entweder nur bei einem Verdacht einer auf frischer Tat begangenen Straftat (vgl. Artt. 53 ff. CPP) oder nach Eröffnung einer „information“ (vgl. Artt. 79 ff.) oder bei einem Verdacht auf eine Katalogtat (vgl. Artt. 706-73 ff. CPP) bzw. Straftat mit Mindestfreiheitsstrafe (vgl. Art. 76 Abs. 4 CPP) angeordnet werden.

Diese Feststellung könnte annehmen lassen, dass die Hürde zur Anordnung von Zwangsmaßnahmen nach deutschem Verständnis wesentlich niedriger liegt. Das strafprozessuale System ist aber in seiner Komplexität zu betrachten. So genügt ein Anfangsverdacht allein nicht aus, denn die Maßnahme muss (neben den besonderen gesetzlichen Anforderungen im Einzelfall, die unter anderem das Vorliegen einer Katalogtat

---

Paris, 2015, S. 1002.

<sup>416</sup> Boulloc, Procédure pénale, Dalloz, Paris, 2017, S. 492, 493.

<sup>417</sup> Delmas-Marty, La preuve pénale, Droits, 1996, S. 53 (59).

<sup>418</sup> Hellmann, in FS für Hans-Heiner Kühne, S. 236.

fordern, s. §§ 100a ff. StPO) stets auch verhältnismäßig sein<sup>419</sup>.

Ein Nachteil der französischen Rechtsordnung besteht hingegen in der Vielzahl der gesetzlichen Regelungen und der damit einhergehenden Unübersichtlichkeit. Die Verfahrensphasen sind sowohl zeitlich als auch inhaltlich nur schwer voneinander zu trennen. Zudem können die Ermittlungsbeamten zwischen einzelnen Verfahrensarten hin und her wechseln (so zwischen einer „enquête préliminaire“ zu einer „enquête de flagrance“). Dabei wird immer häufiger Rückgriff auf die „enquête préliminaire“ genommen, die einen niedrigen Verdachtsgrad ausreichen lässt.

Mit Blick auf die RL ist fraglich, ob sich im Rahmen des deutsch-französischen Rechtshilfeverkehrs aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltung der Verdachtsgrade praktische Umsetzungsschwierigkeiten ergeben könnten. Dies wäre der Fall, wenn eine Maßnahme im Anordnungsstaat unter einfacheren Voraussetzungen angeordnet werden könnte, als in dem Vollstreckungsstaat. In diesem Zusammenhang kann festgestellt werden, dass die deutsche Rechtsordnung ein Verfahrensstadium der „enquête de flagrance“ und eine vergleichbar weite Kompetenzerweiterung der polizeilichen Ermittlungsbehörden in Eilfällen nicht kennt. Darin könnte die Gefahr begründet sein, dass französische Polizeibehörden im Rahmen eines solchen Verfahrens Zwangsmaßnahmen mittels einer EEA anordnen.

Es ist aber schon fraglich, ob die Ermittlungsbeamten während einer „enquête de flagrance“ überhaupt auf eine EEA zurückgreifen werden. Der Zeitraum der Untersuchung auf nationalem Boden ist auf 8, bzw. 16 Tage beschränkt. Die deutschen Vollstreckungsbehörden hingegen haben eine Frist von mindestens 30 Tagen (s. § 91g Abs. 1 IRG) um eine EEA zu vollstrecken. Darüber hinaus sieht das französische Umsetzungsgesetz spezifische Zuständigkeitsregelungen in Art. 694-20 CPP vor. Demnach kann eine EEA von einem Staatsanwalt, dem Untersuchungsrichter, der Kammer für Ermittlungsverfahren sowie dessen Präsident und der Gerichte des Hauptverfahrens angeordnet werden. Den Polizeibehörden steht

---

<sup>419</sup> Soiné, Ermittlungsverfahren und Polizeipraxis, S. 7.

eine solche Kompetenz mithin nicht zu.

Die RL sieht zudem besondere Sicherheitsvorkehrungen vor, um solche praktischen Umsetzungsschwierigkeiten hinsichtlich der Anordnung einer EEA zu verhindern. So ist die Anordnungsbehörde gemäß dem Verbot des sog. „forum shopping“ in ihren Befugnissen beschränkt, s. Art. 6 Abs. 1 b) RL. Diese Vorschrift wurde so auch in die deutsche und französische Rechtsordnung umgesetzt, s. §§ 91a Abs. 4, 77 Abs. 1 iVm §§ 94 ff. StPO und Art. 694-20 Abs. 3 CPP.

Die Vollstreckungsbehörde wiederum ist berechtigt einen Versagungsgrund geltend zu machen, wenn die Vollstreckung einer Maßnahme nach nationalem Recht nur im Falle einer Katalogtat oder einer Straftat, die mit einem bestimmten Mindestmaß bedroht ist, möglich ist (s. Art. 11 Abs. 1 h) RL). Auch diese Vorschrift wurde in die nationalen Rechtsordnungen umgesetzt, s. § 91 b Abs. 1 Nr. 1 StPO und Art. 694-31 Abs. 1 Nr. 9 CPP. Zudem nimmt die Vollstreckungsbehörde eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor. Ob sich darüber hinaus Probleme im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens nach deutschem Verständnis oder einer „enquête préliminaire“ oder „information“ ergeben werden, wird in Folge zu untersuchen sein.

## **II. Die Ermittlungsmaßnahmen im Vergleich**

### **1. Die verdächtige Person in Deutschland und Frankreich**

Nachdem der allgemeine Untersuchungsgegenstand „Ermittlungsverfahren“ definiert, sowie der zeitliche Moment der Einleitung eines solchen Verfahrens konkretisiert worden ist, ist die rechtliche Stellung der Person, gegen die sich das Verfahren richtet, zu untersuchen.

Sobald sich ein Ermittlungsverfahren gegen eine bestimmte Zielperson richtet, befinden sich deren Grundrechte aufgrund der möglichen Anordnung von Ermittlungs- und Zwangsmaßnahmen in (schwebender) Gefahr<sup>420</sup>. Daher sehen nationale, sowie europäische Initiativen<sup>421</sup> Schutzmechanismen vor, um während dieses Verfahrensstadiums eine

---

<sup>420</sup> EGMR, Urt. v. 27.11.2008, Nr. 36391/02, *Salduz c/ Türkei* – hrr-strafrecht.

<sup>421</sup> S. nur Richtlinie (EU) 2016/343 v.09.03.2016 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafsachen, Amtsbl. Nr. L 65 v. 10.03.2016, S. 1-11 oder

Waffengleichheit zu den staatlichen Eingriffsbefugnissen herzustellen (Unschuldsvermutung, Recht zu Schweigen, Recht auf anwaltlichen Beistand, Akteneinsichtsrecht, etc.). Es wird im Folgenden zu prüfen sein, wie diese Schutzmechanismen jeweils in der deutschen und französischen Rechtsordnung ausgestaltet sind, ob sich Unterschiede zwischen den beiden Rechtsordnungen ergeben und ob diese im Rahmen der praktischen Umsetzung der RL Probleme bereiten.

Dabei spielen die EMRK<sup>422</sup>, die Rechtsprechung des EGMR<sup>423</sup> und die Initiativen auf unionsrechtlicher Ebene<sup>424</sup> eine entscheidende Rolle für die Gewährleistung eines fairen Verfahrens in den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen in Europa. Eine elementare Vorschrift im Laufe eines Strafverfahrens und somit auch eines Ermittlungsverfahrens stellt Art. 6 EMRK dar, der eine sog. Justiz- und Verfahrensgarantie enthält<sup>425</sup>. Damit sollen Verfahrensgrundrechte gesichert werden, um ein rechtsstaatliches faires Verfahren („fair trial“) zu gewährleisten<sup>426</sup>. Das Recht auf ein faires Verfahren unterteilt sich im Rahmen eines Strafverfahrens in unterschiedliche Teilgarantien. Art. 6 Abs. 1 EMRK statuiert das Recht auf Zugang zu den Gerichten (extensiv ausgelegt kann diese Vorschrift auch im Rahmen eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens Anwendung finden<sup>427</sup>). Art. 6 Abs. 2 EMRK beinhaltet die Unschuldsvermutung (diese spielt im Ermittlungsverfahren eine entscheidende Rolle<sup>428</sup>) und Art. 6 Abs. 3 EMRK zählt Rechte des Angeklagten auf (a) Information über Art und Grund der Beschuldigung, b) ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung der Verteidigung,

---

die Richtlinie 2013/48/EU über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand sowie das Recht auf Kommunikation im Falle des Freiheitsentzugs, Amtsbl. Nr. L 294 v. 06.11.2013, S.1 und die Vorschriften der EMRK, sowie der EuGrCh.

<sup>422</sup> Pradel, *Droit pénal européen*, Dalloz, Paris, 2009, S. 394 ff.

<sup>423</sup> Vgl. nur EGMR, Urt. v. 14.10.2010, Nr. 1466/07, *Brusco c/ Frankreich* – hrr-strafrecht; EGMR, Urt. v. 27.11.2008, Nr. 36391/02, *Salduz c/ Türkei* – hrr-strafrecht.

<sup>424</sup> Bspw. RL 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und Rates v. 22.10.2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs, Amtsbl. Nr. L 294 v. 06.11.2013, S. 1 ff.; RL 2012/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.05.2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung im Strafverfahren, Amtsbl. Nr. L 142 v. 01.06.2012, S. 1 ff.

<sup>425</sup> Grabenwarter/Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention*, S. 470.

<sup>426</sup> Grabenwarter/Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention*, S. 470, 507; Satzger, *JURA*, 2009, S. 766.

<sup>427</sup> S. hierzu nur Miehsler/Vogler, in Pabel/Schmahl, Art. 6 Rn 204-208.

<sup>428</sup> So in den Regeln der Beweiserhebung und –würdigung: Unvoreingenommenheit des Richters, Schweigerecht des Angeklagten (*Nemo tenetur se ipsum accusare*), s. Kühne, in Pabel/Schmahl, Art. 6 Rn 440 ff.

c) Recht auf Anwesenheit und Verteidigung, d) Waffengleichheit im Zeugenbeweis). Art. 6 Abs. 2 und 3 EMRK stellen dabei besondere Anwendungsfälle des in Absatz 1 enthaltenen Grundsatzes des „fair hearing“ und allgemein des Grundsatzes des „fair trial“ dar<sup>429</sup>. Zudem können laut Rechtsprechung des EGMR auch ungeschriebene Verfahrensgarantien als wesentliche Bestandteile eines fairen Verfahrens auf Art. 6 EMRK gestützt werden<sup>430</sup>.

Soweit im Rahmen der EMRK vom „Angeklagten“/„accusé“ gesprochen wird, ist der Begriff entsprechend einer autonomen Auslegung der Konvention weit zu fassen und meint jede Person, gegen die sich ein Strafverfahren (somit auch ein Ermittlungsverfahren im Sinne dieser Arbeit) richtet<sup>431</sup>.

### a) Deutschland

#### aa) Definition

Das Gesetz besagt nicht, wann eine Person einer Straftat verdächtig und das Ermittlungsverfahren gegen sie zu führen ist. Aus § 157 StPO ergibt sich allein, dass diese Person bis zur Anklageerhebung „Beschuldigter“ genannt wird. Die Anerkennung des Beschuldigtenstatus ist jedoch ausschlaggebend für das Entstehen besonderer Verfahrensrechte<sup>432</sup> und somit von elementarer Bedeutung. Jedoch ist zu beachten, dass die Stellung als Beschuldigter für die betroffene Person eine erhebliche Belastung darstellen kann, so dass dieser Verfahrensstatus weder zu früh, noch zu spät zugesprochen werden darf.

Der Beschuldigtenbegriff wird entweder weit oder eng definiert, wobei die höchstrichterliche

---

<sup>429</sup> Kühne, in Pabel/Schmahl, Art. 6 Rn 486.

<sup>430</sup> EGMR, Urt. v. 08.02.1996, Nr. 18731/91, John Murray c/ Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1996, S. 587; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, S. 546; Satzger, JURA, 2009, S. 767.

<sup>431</sup> EGMR, Urt. v. 12.05.2017, Nr. 21980/04, Simenovi c/ Bulgarien ; EGMR, Urt. v. 27.11.2008, Nr. 36391/02, Salduz c/ Türkei – hrr-strafrecht; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, S. 478 ; Kühne, in Pabel/Schmahl, Art. 6 Rn 487; Guinchard/Buisson, Procédure pénale, LexisNexis, Paris, 2014, S. 332; Krausbeck, Konfrontative Zeugenbefragung, S. 1; Satzger, JURA, 2009, S. 766; Vergès, Le statut juridique du suspect: un premier défi pour la transposition du droit de l'Union européenne en procédure pénale, Droit pénal, 2014, Etudes 15.

<sup>432</sup> Rogall, in SK, Vor § 133 Rn 21 ff.; Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 6; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 196.

Rechtsprechung eine vermittelnde Position einnimmt. Teilweise wird der so genannte objektive Beschuldigtenbegriff vertreten<sup>433</sup>. Demnach ist eine Person immer dann Beschuldigter, wenn objektiv ein Anfangsverdacht gegen sie vorliegt. Der Vorteil besteht in dem weitgehenden Schutz des Beschuldigten, da die Zuerkennung seines besonderen Verfahrensstatus nicht in Händen der ermittelnden Behörden liegt. Eine Umgehung seiner Rechte durch die Vernehmung als Zeuge soll ausgeschlossen werden. Diese Ansicht sieht sich jedoch aufgrund der Weite des Beschuldigtenbegriffs mit Kritik konfrontiert. Demnach sei man selbst dann Beschuldigter, wenn sich das Strafverfahren überhaupt nicht gegen einen selbst richtet, so dass man in solchen Verfahren nicht als Zeuge aussagen könne. Zudem enthält die Bejahung eines Anfangsverdachts immer auch eine subjektive Einschätzung der Ermittlungsperson.

Der subjektive Beschuldigtenbegriff dagegen bejaht einen Beschuldigtenstatus erst ab dem Zeitpunkt, ab dem sich ein Strafverfahren konkret gegen eine bestimmte Person richtet<sup>434</sup>. Demnach könne die Zuerkennung dieses Status allein in den Händen der ermittelnden und sachkundigen Behörden liegen. Dies begründet jedoch eine Missbrauchsgefahr da die Behörden versucht sein könnten ein Verfahren erst sehr spät gegen eine verdächtige Person zu eröffnen.

Der BGH entschied sich für eine vermittelnde Lösung, den objektiv-subjektiven Beschuldigtenbegriff<sup>435</sup>. Demnach gilt eine Person als Beschuldigter, wenn ein Anfangsverdacht besteht und die Strafverfolgungsbehörden das Strafverfahren förmlich gegen sie führen. Zu dem objektiven Verdachtsmoment muss somit ein subjektiver Verfolgungswille hinzutreten<sup>436</sup>.

Probleme entstehen dann, wenn einer Person trotz Vorliegens eines objektiven Anfangsverdachts der Status des Beschuldigten dadurch vorenthalten wird, dass das Verfahren nicht förmlich gegen sie geführt wird<sup>437</sup>. Dies hätte zur Konsequenz, dass eine Person, obwohl

---

<sup>433</sup> Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 62; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 196, 198.

<sup>434</sup> Rogall, in SK, Vor § 133 Rn 26 ff.; Beulke, Strafprozessordnung, S. 129; Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 62.

<sup>435</sup> BGH, Urt. v. 22.12.1983, Az.: 3 StR 394/83–jurion; BGH, Urt. v. 16.03.1977, Az.: 3 Str 327/76; Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 62; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 197.

<sup>436</sup> Meyer-Goßner, in Meyer-Goßner/Schmitt, Einl Rn 76; Schuhr, in MK, Vor §§ 133 ff. Rn 20; Rogall, in SK, § 136 Rn 13.

<sup>437</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 197.

verdächtig als Zeuge vernommen werden könnte, ohne dass ihr spezifische Rechte (z.B. das Schweigerecht aus § 136 Abs. 1 S. 2 StPO) zugesprochen werden. Hierzu entschied der BGH, dass der Person auch dann ein Beschuldigtenstatus zuzusprechen ist, wenn die Ermittlungsbehörden ein Verfahren willkürlich nicht gegen diese richten<sup>438</sup>.

## bb) Rechte des Beschuldigten

### aaa) Vernehmung des Beschuldigten

Zunächst ist der Beschuldigte vor dem Abschluss des Ermittlungsverfahrens von den ermittelnden Behörden zu hören, § 163 StPO. Zu der Vernehmung kann er entweder iSv § 133 StPO förmlich geladen werden oder aber es findet in Fällen des dringenden Tatverdachts eine sofortige Vernehmung gem. §§ 134, 135 StPO statt. Die Vernehmung kann sowohl von den polizeilichen Ermittlungsbehörden, als auch der Staatsanwaltschaft und dem Ermittlungsrichter vorgenommen werden, s. §§ 161 Abs. 1 S. 1 iVm 162, 163a StPO.

Im Rahmen des ersten offiziellen Aufeinandertreffens des Beschuldigten und der Ermittlungsbehörden muss der Beschuldigte über seine Rechte belehrt werden, s. § 136 StPO<sup>439</sup>. Er ist gem. § 136 Abs. 1 S. 1 darüber zu belehren, welche Tat ihm zur Last gelegt wird und welche strafrechtlichen Vorschriften einschlägig sind. Zudem wird er über sein Recht zu schweigen und sein Recht, jederzeit, auch schon vor der Vernehmung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger zu befragen, informiert, s. § 136 Abs. 1 S. 2 StPO. Er kann zudem einzelne Beweisanträge stellen und im Falle einer Pflichtverteidigung iSv § 140 die Bestellung eines Verteidigers beanspruchen<sup>440</sup>, s. § 136 Abs. 1 S. 3 StPO<sup>441</sup>. Er wird darauf hingewiesen, dass er sich schriftlich äußern kann und die Möglichkeit eines Täter-Opfer-Ausgleichs besteht,

---

<sup>438</sup> BGH, Urt. v. 03.07.2007, Az.: 1 StR 3/07; BGH, Urt. v. 18.10.1956, Az.: 4 StR 278/56 – jurion; Rogall, in SK, Vor § 133 Rn 28.

<sup>439</sup> Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 64; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 195.

<sup>440</sup> Es steht noch offen, inwieweit sich die Regelungen der §§ 140 ff. StPO mit Umsetzung der RL 2016/1919 v. 26.10.2016 verändern werden. Ein entsprechendes Gesetz ist noch nicht in Kraft getreten. Damit hat der deutsche Gesetzgeber die sog. PKH-Richtlinie zur Stärkung der Verteidigungsrechte für verdächtige und beschuldigte Personen nicht rechtzeitig umgesetzt.

<sup>441</sup> Krausbeck, Konfrontative Zeugenbefragung, S. 1; Perron, ZStW, 1996, S. 128.

s. § 136 Abs. 1 S. 4 StPO.

Wenn der Beschuldigte zu seiner Entlastung die Erhebung von Beweismitteln beantragt, sind diese zu erheben soweit sie von Bedeutung sind, s. § 163a Abs. 2 StPO<sup>442</sup>. Im Rahmen einer richterlichen Vernehmung hat der Richter solchen Beweisanträgen des Beschuldigten nachzukommen, die er für erheblich erachtet und wenn der Verlust der Beweise zu besorgen ist oder die Beweiserhebung die Freilassung begründen kann, s. § 166 StPO<sup>443</sup>.

Im Rahmen dieser ersten Vernehmung soll der Beschuldigte die Möglichkeit haben den Sachverhalt aus seiner Sicht zu schildern sowie Umstände, die zu seinen Gunsten sprechen, vorzutragen, s. § 136 Abs. 2 StPO. Zudem gilt seit neuestem eine (beschränkte) Pflicht der Video-Aufzeichnung einer Beschuldigtenvernehmung, so beispielsweise, wenn dem Verfahren ein vorsätzlich begangenes Tötungsdelikt zugrunde liegt und der Aufzeichnung weder die äußeren Umstände noch die besondere Dringlichkeit der Vernehmung entgegenstehen (s. § 136 Abs. 4 Nr. 1 StPO nF<sup>444</sup>).

Die Vernehmungsbeamten unterliegen dem Verbot bestimmter Vernehmungsmethoden, s. § 136a Abs. 1, 2 StPO: *„Die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung des Beschuldigten darf nicht beeinträchtigt werden durch Misshandlung, durch Ermüdung, durch körperlichen Eingriff, durch Verabreichung von Mitteln, durch Quälerei, durch Täuschung oder durch Hypnose. Zwang darf nur angewandt werden, soweit das Strafverfahrensrecht dies zulässt. Die Drohung mit einer nach seinen Vorschriften unzulässigen Maßnahme und das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils sind verboten.*

*Maßnahmen, die das Erinnerungsvermögen oder die Einsichtsfähigkeit des Beschuldigten*

---

<sup>442</sup> Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 65.

<sup>443</sup> Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 65.

<sup>444</sup> Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens v. 17.08.2017, BGBl., 2017 Teil I, S. 3202 ff.



*beeinträchtigen, sind nicht gestattet.“*

Im Falle eines Verstoßes gilt ein absolutes Verwertungsverbot, s. § 136a Abs. 3 StPO.

Zudem gilt das Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung des Art. 3 EMRK, das im Ermittlungsverfahren Anwendung findet<sup>445</sup>.

Wird die Vernehmung von Polizeibeamten durchgeführt, so haben sie den Beschuldigten über die ihm zur Last gelegte Tat zu informieren, sowie die Vorschriften des § 136 Abs. 1 S. 2 bis 4, Abs. 2, 3 und § 136a StPO einzuhalten, vgl. § 163a Abs. 4 S. 2 StPO.

bbb) Verteidiger

Das Recht auf Verteidigung des Beschuldigten wird in den §§ 137, 148 StPO konkretisiert, wonach ein Beschuldigter *“in jeder Lage des Verfahrens“*, mithin auch im Ermittlungsverfahren<sup>446</sup>, einen Verteidiger wählen und befragen kann<sup>447</sup>. Eine Pflicht zur Bestellung eines Verteidigers besteht in bestimmten, gesetzlich geregelten Fällen (s. §§ 140 ff. StPO)<sup>448</sup>.

Der Verteidiger hat nur wenige Möglichkeiten auf das laufende Ermittlungsverfahren Einfluss zu nehmen<sup>449</sup>. So steht ihm gem. § 147 Abs. 2, 3 StPO ein Akteneinsichtsrecht zu<sup>450</sup>, wenn dies den Untersuchungsgegenstand nicht gefährdet. Der Beschuldigte, der keinen Anwalt hat, kann lediglich Auskünfte und Auszüge aus der Akte verlangen, s. § 147 Abs. 7 StPO. Der Verteidiger hat ein Anwesenheitsrecht bei der richterlichen Vernehmung des Beschuldigten, so dass er hiervon zu unterrichten ist<sup>451</sup>, s. § 168c Abs. 1, 5 StPO. Ein solches Recht besteht nunmehr auch im Rahmen einer staatsanwaltlichen (§§ 163a Abs. 3 S. 2, 168c StPO) und polizeilichen

---

<sup>445</sup> EGMR, Urt. v. 30.06.2008, Nr. 22978/05, Gäfgen c/ Deutschland – hrr-strafrecht.

<sup>446</sup> Esser, in FS für Hans-Heiner Kühne, S. 541.

<sup>447</sup> Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 76, 77.

<sup>448</sup> Esser, in FS für Hans-Heiner Kühne, S. 542.

<sup>449</sup> Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 77.

<sup>450</sup> BGH, Urt. v. 23.02.2010, Az.: 4 StR 599/09 – hrr-strafrecht; BGH, Urt. v. 26.08.2005, Az.: 2 Str 225/05; Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 147 Rn 3.

<sup>451</sup> Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 77.

Vernehmung (§§ 163a Abs. 4, 168c StPO)<sup>452</sup>.

Im Rahmen einer richterlichen Zeugenvernehmung hat der Beschuldigte und sein Verteidiger gem. § 168c Abs. 2 StPO ein Anwesenheitsrecht. Sie müssen rechtzeitig benachrichtigt werden<sup>453</sup>. Dies gilt auch für eine richterliche Inaugenscheinnahme, s. § 168d StPO<sup>454</sup>, sowie für den Verteidiger seit neuestem bei einer Gegenüberstellung des Beschuldigten mit einem Zeugen, s. § 58 Abs. 2 S. 2, 3 StPO nF<sup>455</sup>.

ccc) Rechtsbehelfe

Der Beschuldigte hat das Recht die Anordnung, sowie die Art und Weise der Durchführung der Ermittlungsmaßnahmen anzufechten. Die Anfechtung einer richterlichen Anordnung erfolgt gem. §§ 304 ff. StPO. Der Rechtsschutz gegen nicht-richterliche Anordnungen kann sich aus dem Gesetz ergeben, so bspw. für die Beschlagnahme gem. § 98 Abs. 2 S. 2 StPO. Fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage, wird § 98 Abs. 2 S. 2 StPO analog angewandt<sup>456</sup>.

Die StPO, primär auf einen präventiven Rechtsschutz ausgerichtet, sieht keine rechtliche Grundlage zur Beanstandung der Art und Weise der Vollstreckung einer Zwangsmaßnahme vor. In der Rechtsprechung wurde jedoch mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG (Recht auf effektiven Rechtsschutz) ein nachträglicher Rechtsschutz entwickelt<sup>457</sup>. Dieser gründet sich bei polizeilichen und staatsanwaltlichen Maßnahmen auf § 98 Abs. 2 S. 2 StPO analog und bei

---

<sup>452</sup> Zweites Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren und zur Änderung des Schöffengerichts v. 27.08.2017, BGBl., 2017 I, S. 3295 ff.

<sup>453</sup> S. auch schon im Rahmen eines EuHb problematisch: Crim., Urt. 22.07.2009, Nr. 09-84.775, Bull. crim. Nr. 143; Aubert, Droit de l'Union européenne-Application par les juridictions internes, RSC, 2011, S. 474.

<sup>454</sup> [https://e-justice.europa.eu/content\\_rights\\_of\\_defendants\\_in\\_criminal\\_proceedings\\_-169-DE-maximizeMS-de.do?clang=de&idSubpage=3](https://e-justice.europa.eu/content_rights_of_defendants_in_criminal_proceedings_-169-DE-maximizeMS-de.do?clang=de&idSubpage=3) (Stand 07.03.2018).

<sup>455</sup> Zweites Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren und zur Änderung des Schöffengerichts v. 27.08.2017, BGBl., 2017 I, S. 3295 ff.

<sup>456</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 98 Rn 23; Hauschild, in MK, § 98 Rn 43; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 234.

<sup>457</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.04.1997, Az.: 2 BvR 817/90, 728/92, 802 und 1065/95, BVerfGE 96, 27; BGH, Beschl. v. 13.10.1999, Az.: 2 BJs 112/97-2 (StB 7 u. 8/99), NJW 2000, 84; BGH, Beschl. v. 05.08.1998, Az.: 5 AR (VS) 1/97, BGHSt 44, 171; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 236.

richterlichen Vollstreckungshandlungen auf § 304 StPO analog.

cc) Verlust der Beschuldigtenrechte - Abtrennung des Verfahrens

Der Beschuldigte kann diese Rechte geltend machen, solange ihm ein Beschuldigtenstatus zukommt. Der objektiv-subjektive Beschuldigtenbegriff ermöglicht es jedoch den Verfolgungsbehörden einem Beschuldigten durch eine Verfahrensabtrennung diesen Status zu „entziehen“. So kann die Staatsanwaltschaft, wenn mehrere Personen einer Straftat beschuldigt sind, entscheiden, ob sie das Verfahren gegen alle Personen gemeinsam führt oder aber die Verfahren trennt und mehrere selbstständige Verfahren einleitet. Ein Beschuldigter kann in einem abgetrennten Verfahren, das gegen einen Mitbeschuldigten geführt wird, sodann als Zeuge gehört werden<sup>458</sup>. Er verliert mit der Verfahrenstrennung partiell seinen Beschuldigtenstatus<sup>459</sup>. Als Zeuge trifft ihn eine Aussagepflicht mit Ausnahme des Rechts solche Auskünfte zu verweigern, mit denen er sich selbst belasten könnte, s. § 55 Abs. 1 StPO. Wenn er als Zeuge falsch aussagt, droht ihm eine Strafbarkeit gem. §§ 153 ff. StGB. Wenn er zunächst im Ermittlungsverfahren aussagt und in der Hauptverhandlung dann die Auskunft (rechtmäßig) verweigert, kann seine erste Aussage verlesen werden. Das Verlesungsverbot aus § 252 StPO findet auf diesen Fall keine Anwendung<sup>460</sup>.

Die Verfahrenstrennung wird von der Rechtsprechung grundsätzlich gebilligt, da der Beschuldigte durch § 55 Abs. 1 StPO und § 60 Nr. 2 StPO (Vereidigungsverbot) für hinreichend geschützt gilt. Die Literatur kritisiert diese Verfahrenspraxis<sup>461</sup>. So könne die Staatsanwaltschaft die Verfahrensrollen beliebig wechseln und mithin die Beschuldigtenrechte willkürlich beschränken<sup>462</sup>. Als Zeuge treffe den eigentlich Beschuldigten eine weite Auskunftspflicht. Auch habe er kein Recht auf Verteidigung, so dass es ihm schwer falle zu beurteilen, wann ein Auskunftsverweigerungsrecht iSv § 55 StPO besteht und wann hingegen die unterlassene

---

<sup>458</sup> BGH, Urt. v. 29.03.1984, Az.: 4 StR 781/38 – jurion; BGH, Urt. v. 25.02.1964, Az.: 1 StR 13/64 – beck-online; Diemer, in KK, § 252 Rn 9-10.

<sup>459</sup> Rogall, in SK, Vor § 133 Rn 39; Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 63.

<sup>460</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 405

<sup>461</sup> Schuhr, in MK, Vor §§ 133 ff Rn 131.

<sup>462</sup> Beulke, Strafprozessrecht, S.142

Aussage eine Strafbarkeit gem. § 153 StGB auslösen könnte<sup>463</sup>. So erlaube erst eine umfassende Kenntnis der rechtlichen Lage diese Gratwanderung zu meistern.

Außerdem entstand das Problem, ob die Berufung auf § 55 StPO nicht indirekt gegen die betroffene Person als Schuldindiz gewertet werden könnte<sup>464</sup>. So lag dem BGH folgende Entscheidung des Landgerichts Berlin zugrunde<sup>465</sup>: Im Rahmen eines Hauptverfahrens wegen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge wurde dem aussagenden Angeklagten, der sich mit seiner Aussage entlasten wollte, von dem erstinstanzlichen Gericht kein Glaube geschenkt, da er zuvor als Zeuge umfänglich von § 55 StPO Gebrauch gemacht hat. Er hätte aber schon als Zeuge die für ihn entlastenden Momente vortragen können. Der BGH hob dieses Urteil auf und befand das frühere Aussageverhalten als Zeuge mit Blick auf den „nemo tenetur“-Grundsatz für unverwertbar<sup>466</sup>. Aus dem Schweigen eines tatverdächtigen Zeugen auf Grundlage von § 55 StPO können unter keinen Umständen nachteilige Schlüsse gegen diesen in einem gegen ihn gerichteten Strafverfahren gezogen werden, da sonst der Beschuldigte zu einem Beweismittel gegen sich selbst werden würde. Jedoch könnten die Angaben, die er als Zeuge getätigt hat, weiterhin verwertet werden, denn eine Vorschrift wie § 252 StPO existiert für den Beschuldigten nicht<sup>467</sup>.

Andere Stimmen in der Literatur hingegen befürworteten die Möglichkeit der Verfahrenstrennung<sup>468</sup>, da diese zwingende Konsequenz des objektiv-subjektiven Beschuldigtenbegriffs und auch in der StPO vorgesehen sei, s. § 60 Nr. 2 StPO<sup>469</sup>.

Die Praxis sucht eine vermittelnde Lösung und beschränkt im Ergebnis die Fälle der erlaubten Verfahrenstrennung. Eine solche ist untersagt, wenn deren Ziel in der Umgehung von Beschuldigtenrechten liegt oder wenn sich die Zeugenvernehmung auf eine gemeinschaftliche

---

<sup>463</sup> Schuhr, in MK, Vor §§ 133 ff Rn 131.

<sup>464</sup> Schneider, NstZ, 2017, S. 129.

<sup>465</sup> BGH, Urt. v. 26.05.1992, Az.: 5 StR 122/92 – jurion.

<sup>466</sup> BGH, Urt. v. 26.05.1992, Az.: 5 StR 122/92 – jurion.

<sup>467</sup> Schneider, NstZ, 2017, S. 130 ff.

<sup>468</sup> Schumann, Verhör, Vernehmung, Befragung, S. 40.

<sup>469</sup> Dem wird jedoch entgegengehalten, dass darin ein allgemeines Vereidigungsverbot für Beschuldigte statuiert und nicht auf die besondere Konstellation einer Verfahrenstrennung hingewiesen werde. Von dieser Vorschrift könnte beispielsweise auch der Zeuge erfasst sein, der erst im Laufe der Vernehmung zum Beschuldigten wird.

Tat beziehen soll<sup>470</sup>. Die Staatsanwaltschaft muss bei einer so genannten prozessualen Tatidentität ein einheitliches Verfahren gegen die Verdächtigen führen, da sonst die Gefahr einer unfreiwilligen Selbstbelastung zu hoch sei<sup>471</sup>. Eine Ausnahme wird von dem BGH jedoch dann anerkannt, wenn zweifelsfrei feststeht, dass sich das Ergebnis des in Rede stehenden Verfahrensteils nicht auf den abwesenden Angeklagten auswirkt und sich die Verhandlung tatsächlich in dem damit gesteckten Rahmen hält<sup>472</sup>. Die Aussage des Beschuldigten, der aufgrund einer unzulässigen Verfahrenstrennung als Zeuge vernommen wurde, kann nicht gegen ihn verwendet werden. Er hat sich dann auch nicht gem. §§ 153 ff. StGB strafbar gemacht<sup>473</sup>.

## b) Frankreich

Der CPP kennt keine Legaldefinition der verdächtigen Person. Es werden unterschiedliche Regelungen und Termini je nach Stand des Verfahrens vorgesehen, wobei die Trennlinie zwischen der „phase d’enquête“ und der „information“ verläuft.

Während einer „information“ kommt der verdächtigen Person entweder ein besonderer, rechtlicher Status als „personne mise en examen“ (vormals „inculpé“) oder als „témoin assisté“ zu. Auf die Unterschiede wird weiter unten einzugehen sein. Sie kann auch allgemein als „suspect“ bezeichnet werden, ein Begriff der der „phase d’enquête“ entlehnt ist<sup>474</sup>. Die rechtliche Sonderstellung des Verdächtigen im Rahmen einer „information“ folgt daraus, dass diese als erster offizieller Abschnitt des Strafverfahrens gilt und dadurch besonderen prozessualen Regeln folgen muss. Der französische Gesetzgeber spricht einigen Akteuren aus

---

<sup>470</sup> BGH, Beschl. v. 17.01.1984, Az.: 5 StR 970/83; BGH, Urt. v. 25.10.1971, Az.: 2 StR 238/71; BGH, Urt. v. 18.10.1956, Az.: 4 StR 278/56 – beck-online; Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, Vor § 48 Rn 22.

<sup>471</sup> Schumann, Verhör, Vernehmung, Befragung, S. 39.

<sup>472</sup> BGH, Urt. v. 05.10.1983, Az.: 2 StR 298/83 – beck-online; BGH, Urt. v. 18.10.1956, Az.: 4 StR 278/56 – jurion; Ignor/Bertheau, in Löwe-Rosenberg, Vor § 48 Rn 36.

<sup>473</sup> BGH, Urt. v. 25.02.1964, Az.: 1 StR 13/64 – jurion.

<sup>474</sup> So knüpfen sich die Rechte des „suspect“ während seiner Vernehmung nicht an einen, wie im obigen Abschnitt definierten, Anfangsverdacht, sondern an „*raisons plausibles de soupçonner qu'elle (la personne) a commis ou tenté de commettre une infraction*“ an, vgl. Art. 61-1 CPP auf den Art. 77 CPP verweist, s.a. Vergès, Le statut juridique du suspect: un premier défi pour la transposition du droit de l'Union européenne en procédure pénale, Droit pénal, 2014, Etudes 15.

diesem Grund auch den Status einer echten Verfahrenspartei („partie au procès“) zu<sup>475</sup>. So sind das Opfer, das als „partie civile“ an dem Verfahren teilnimmt und die Staatsanwaltschaft als Verfolgungsorgane einerseits und die Person „mise en examen“ als verdächtige Person andererseits Verfahrensparteien<sup>476</sup>. Der Untersuchungsrichter hingegen ist eine neutrale Institution, die das Verfahren leitet<sup>477</sup>.

Der „suspect“ im Rahmen einer „enquête“ hat erst nach und nach in der französischen Rechtsordnung an Bedeutung gewonnen und ihm wurden nur zögerlich besondere Schutzrechte zugesprochen<sup>478</sup>. Den Abschluss dieser Entwicklung bildet vorerst das Gesetz vom 27. Mai 2014<sup>479</sup>, das der Umsetzung der Richtlinie 2012/13/EU über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung im Strafverfahren<sup>480</sup> dient.

Die unterschiedlichen rechtlichen Stellungen einer verdächtigten Person je nach Verfahrensstadium sind auf die traditionelle Grundkonzeption des CPP zurückzuführen. Die „enquête“ stellte lange Zeit ein kurzes und heimliches Vorverfahren zur Vorbereitung einer Anklage und Hauptverhandlung dar, so dass die hiervon betroffene Person (noch) keine besondere rechtliche Stellung beanspruchen können sollte. Erst im Rahmen einer Anklageerhebung oder der Eröffnung einer „information“ sollte der betroffenen Person ein rechtlicher Schutz zugesprochen werden. Aufgrund der Verwischung der Grenzen zwischen der „phase d'enquête“ und der „information“ stand aber die schwache rechtliche Stellung eines „suspect“ im Widerspruch zu den Anforderungen an ein *fares* Verfahren

---

<sup>475</sup> Anders als die „phase d'enquête“, die inquisitorische Züge aufweist, enthält die „information“ auch Elemente eines akkusatorischen Verfahrens, die sich auch in den erhöhten Anforderungen an die kontradiktorische Natur dieses Verfahrensabschnitts manifestieren, s. Baume, Rapport sur la procédure pénale, 2014 - <http://www.justice.gouv.fr/publication/rap-beaume-2014.pdf> (Stand 08.08.2017).

<sup>476</sup> Touillier, Le statut du suspect à l'ère de l'eupéanisation del a procédure pénale: entre „petite“ et „grande“ révolutions, RSC, 2015, S. 127 ff.

<sup>477</sup> Pradel, Un problème français: que faire du juge d'instruction? In Müller-Dietz/Müller/Kunz/Radtke/Britz/Momsen/Koriath, FS für Heike Jung, Nomos, Baden-Baden, 2007, S. 733, 734.

<sup>478</sup> Einen Überblick über die Rechtslage bis zum Jahre 2010 bietet Pin, in 200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le Bicentenaire du Code d'instruction criminelle, Nomos, Baden-Baden, 2010, S. 165 ff.

<sup>479</sup> Loi n° 2014-535 du 27.05.2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales (1), JORF, Nr. 0123 v. 28.05.2014, S. 8864, Text Nr. 2.

<sup>480</sup> Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates vom 22.05.2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung im Strafverfahren, Amtsbl. Nr. L 142/1 v. 01.06.2012, S. 1 ff.

iSv Art. 6 Abs. 3 EMRK<sup>481</sup>. Es kam daher auch zu einer Anrufung des „Conseil Constitutionnel“<sup>482</sup> (sinngemäß des Verfassungsrats), der die Ermittlungsbehörden zur Wahrung der Beschuldigtenrechte als Ausfluss des Rechts auf ein faires Verfahren iSv Art. 6 EMRK aufrief<sup>483</sup>. Das Gesetz vom 27. Mai 2014 sollte die gesetzlichen Lücken insbesondere durch die Einführung der Artt. 61-1, 62, 77 CPP schließen, auf die noch weiter unten einzugehen sein wird.

aa) „information“

aaa) Person „mise en examen“ und „témoin assisté“

Im Rahmen einer „information“ kann der verdächtigen Person sowohl der Status einer Person „mise en examen“ (Art. 80-1 Abs. 1 CPP) als auch eines „témoin assisté“ (s. Art. 80-1 Abs. 3 CPP) zugesprochen werden. Der „témoin assisté“ wurde erst im Jahre 1987 in die französische Rechtsordnung eingeführt.

Bis zum Jahre 1987 hatte der französische Untersuchungsrichter allein die Möglichkeit eine verdächtige Person als „mise en examen“ (bzw. „inculpé“<sup>484</sup>) oder als einfachen Zeugen („témoin“) zu vernehmen. Eine „mise en examen“, die einer Anklage gleichkam, sollte dabei aufgrund des damit einhergehenden Eingriffs in die Unschuldsvermutung nur dann gewählt werden, wenn besonders schwere Indizien für eine Straftatbegehung oder -beteiligung sprachen. Die Chancen einer Verurteilung nach einer „mise en examen“ waren entsprechend

---

<sup>481</sup> EGMR, Urt. v. 08.04.2004, Nr. 38544/97, Weh c/ Österreich - hudoc; EGMR, Urt. v. 25.02.1993, Nr. 10828/84, Funke c/ Frankreich; s.a. EuGH, Urt. v. 18.10.1989, Nr. 374/87, Orkem - lexetius; Pradel, Droit pénal européen, Dalloz, Paris, 2009, S. 394.

<sup>482</sup> Es handelt sich sowohl um ein politisches als auch juristisches Organ; seine Mitglieder werden teils von dem Präsidenten der französischen Republik, teils von dem französischen Parlament („Assemblée générale“), teils von dem Präsidenten des Senats („Sénat“) für neun Jahre gewählt, s. Art. 56 der französischen Verfassung. S. ausführlich zu der Natur und Aufgabe des „Conseil Constitutionnel“ in de Schlichting/Volmerange, Einführung in die französische Rechtssprache-Introduction au français juridique, S. 170 ff.

<sup>483</sup> Conseil const., QPC Nr. 2012-257 v. 18.06.2012 (« *le Conseil Constitutionnel déclare conforme l'article 78 CPP sous réserve du respect des droits de la défense* »); Maréchal, Les droits de la défense durant l'enquête de police, A propos de l'avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, La Semaine Juridique, Edition G, LexisNexis, Paris, 2014, aperçu rapide 605; Salvat, Audition d'une personne entendue en enquête préliminaire sans être placée en garde à vue, RSC, 2013, Etude 15.

<sup>484</sup> So hieß der von einem „réquisitoire introductif d'instance“ Betroffene bis in die 90er Jahre „inculpé“ (Angeklagter/Angeschuldigter). Der Begriff „inculpé“ wurde sodann durch den Begriff der „mise en examen“ ersetzt.

hoch. Gleichzeitig war die Stellung als “mise en examen” aber erforderlich, um in den Genuss bestimmter Beschuldigtenrechte, u.a. des Rechts auf einen Anwalt, zu kommen. Die Person, gegen die lediglich ein einfacher Verdacht vorlag, wurde weiterhin als Zeuge behandelt. Diese bis in die 90er Jahre bestehende Regelung verfolgte den Zweck den Grundsatz der Unschuldsvermutung so weit wie möglich zu schonen. Zum einen bestand aber die Gefahr, dass der Untersuchungsrichter aufgrund der begrenzten Wahlmöglichkeit zwischen einfachem Zeugen und der “mise en examen” vorschnell zu einer “mise en examen” greifen würde. Dieser Verdacht wurde auch von der Kriminalstatistik bestätigt<sup>485</sup>. Zum anderen war die Person, gegen die nur ein einfacher Verdachtsgrad vorlag, völlig schutzlos gestellt<sup>486</sup>.

So entschied man sich mit Gesetz vom 30. Dezember 1987<sup>487</sup> den Status des “témoin assisté” (sinngemäß ein Zeuge mit Anspruch auf Rechtsbeistand) einzuführen und seine rechtliche Stellung mit Gesetz vom 15. Juni 2000<sup>488</sup> auszubauen. Die Figur des „témoin assisté“ stellt eine Besonderheit der französischen Rechtsordnung dar<sup>489</sup>. Damit soll dem Untersuchungsrichter die Möglichkeit gegeben werden einer verdächtigen Person, gegen die noch keine starken Verdachtsmomente vorliegen, eine intermediäre Verfahrensposition zuzusprechen. Der “témoin assisté” erfüllt mithin eine Zwitterfunktion. In terminologischer Hinsicht spricht man noch von einem Zeugen („témoin“), dem jedoch gewisse Verteidigungsrechte zustehen sollen.

Nunmehr ist eine “mise en examen” obligatorisch, sobald schwere und übereinstimmende Indizien dafür sprechen, dass eine Person eine Straftat begangen hat (“*Les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits dont le juge d'instruction est saisi ne peuvent être entendues comme témoins.*”, Art. 105 CPP). In den

---

<sup>485</sup> Guinchard/Buisson, Procédure pénale, LexisNexis, Paris, 2016, S. 1017.

<sup>486</sup> Crim., Urt. v. 16.07.1964, Nr. 64-90979, Bull. crim. Nr. 239.

<sup>487</sup> Loi n° 87-1062 du 30 décembre 1987 relative aux garanties individuelles en matière de placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire et portant modification du code de procédure pénale (1), JORF, 30.12.1987, S. 15547.

<sup>488</sup> Loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes concernant l'instruction, la détention provisoire, le juge des libertés et de la détention et le jugement correctionnel, JORF, Nr. 0138 v. 16.06.2000, S. 9038.

<sup>489</sup> « *C'est-à-dire si la loi du 15 juin 2000 constitue une étape très importante dans la définition de ce statut étrange et hybride qui, à notre connaissance, est tout à fait particulier à la procédure pénale française, et montre combien le législateur est embarrassé pour définir un véritable statut du suspect.* », Guéry, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Témoin assisté, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2016, Rn. 13.



Fällen, in denen schwere oder übereinstimmende Indizien für eine Straftatbegehung sprechen ist die „mise en examen“ hingegen subsidiär zu der Stellung als „témoin assisté“, s. Art. 80-1 Abs. 3 CPP. Wenn weder schwere noch übereinstimmende Indizien vorliegen, ist eine „mise en examen“ nicht erlaubt, s. Art. 80-1 Abs. 1 CPP (“*A peine de nullité, le juge d’instruction ne peut mettre en examen que les personnes à l’encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu’elles aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont il est saisi.*”, Art. 80-1 Abs. 1 CPP). Die Einleitung einer “mise en examen” soll somit aufgrund der einschneidenden Konsequenzen für die betroffene Person *ultima ratio* sein.

Einer Person wird im Umkehrschluss der Status eines “témoin assisté” zugesprochen, wenn schon schwere oder übereinstimmende Indizien für eine Straftatbegehung oder -beteiligung sprechen, eine “mise en examen” jedoch (noch) nicht opportun erscheint (s. Art. 80-1 Abs. 3 CPP)<sup>490</sup>. Der CPP regelt sodann im Detail, in welchen Fällen eine Person als „témoin assisté“ angehört werden kann, bzw. muss.

Sie muss als solche gehört werden, wenn sie von einem „réquisitoire introductif d’instance“, also des staatsanwaltlichen Akts, der die Eröffnung einer „information“ bedingt hat, augenscheinlich betroffen ist („*nommément visée par un réquisitoire introductif*“), sie aber noch nicht „mise en examen“ wurde, s. Art. 113-1 CPP. Eine Person ist immer dann augenscheinlich von dem Eröffnungsakt einer „information“ betroffen, wenn die Staatsanwaltschaft ihren Namen in dem Akt erwähnt<sup>491</sup>.

Laut Gesetzestext kann eine Person als „témoin assisté“ angehört werden, wenn ein Opfer Anzeige gegen sie erstattet hat, s. Art. 113-2 Abs. 1 S. 1 CPP. In diesem Fall kann die betroffene Person ebenso verlangen, als „témoin assisté“ gehört zu werden, s. Art. 113-2 Abs. 1 S. 2 HS 1 CPP. Falls die Anzeige von der „partie civile“ erstattet wurde, hat der Untersuchungsrichter die betroffene Person zusätzlich über ihr Recht, als „témoin

---

<sup>490</sup> Pradel, Procédure pénale, Cujas, Paris, 2017, S. 745, 746 („*simple indices de culpabilité*“).

<sup>491</sup> Guéry, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Témoin assisté, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2016, Rn. 22.

assisté“ gehört zu werden, vor der ersten Vernehmung zu belehren, s. Art. 113-2 Abs. 1 S. 2 HS 2 CPP. Darüber hinaus kann eine Person als „témoin assisté“ gehört werden, wenn ein Zeuge sie beschuldigt oder wenn Indizien es wahrscheinlich erscheinen lassen, dass sie die Straftat, zu dessen Aufklärung der „juge d’instruction“ beauftragt wurde, begangen oder daran teilgenommen hat, s. Art. 113-2 Abs. 2 S. 1 CPP. In diesen Fällen liegt es nach der wörtlichen Fassung des Gesetzestexts grundsätzlich im Ermessen des Untersuchungsrichters, ob eine Person als „témoin assisté“ gehört wird und somit in den Genuss der damit einhergehenden Rechte aus Art. 113-3 CPP kommt<sup>492</sup>.

Im Umkehrschluss würde dies bedeuten, dass eine Person gegen die sich noch kein „réquisitoire introductif d’instance“ richtet (vgl. Art. 113-1 CPP) oder gegen die weder schwere oder zusammenhängende Indizien für eine Straftatbegehung sprechen (vgl. Art. 80-1 CPP), gegen die mithin lediglich einfache Verdachtsmomente vorliegen, grundsätzlich noch als Zeuge gehört werden kann<sup>493</sup>. Eine Vorschrift iSv Art. 62 Abs. 3 CPP, die im Rahmen der „phase d’enquête“ den Wechsel von dem Zeugen- zum Beschuldigtenstatus während einer Vernehmung regelt (wie noch weiter unten zu sehen sein wird), fehlt für die „information“. Zudem existieren zahlreiche Urteile der französischen Gerichte, die die Vernehmung einer verdächtigen Person als Zeuge erlauben<sup>494</sup>. Es kann insoweit festgestellt werden, dass noch vor Erlass des Gesetzes vom 15. Juni 2000, mit dem die Stellung des „témoin assisté“ gestärkt wurde, die Vernehmung einer tatverdächtigen Person als Zeuge grundsätzlich erlaubt war (s. Art. 105 Abs. 3 CPP aF<sup>495</sup>). Der Beschuldigtenstatus war stark formalisiert (s. auch Gesetz vom 24. August 1993<sup>496</sup>), so dass eine Vernehmung des Verdächtigen als Zeugen immer dann

---

<sup>492</sup> Guéry, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Témoin assisté, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2016, Rn 21; ders., Le juge d’instruction et le suspect, AJ Pénal, 2017, S. 386.

<sup>493</sup> Guinchard/Buisson, Procédure pénale, LexisNexis, Paris, 2014, S. 1109.

<sup>494</sup> Crim. Urt. v. 28.04.2004, Nr. 03-83.953, Bull. crim. Nr. 103, RSC 2005, S. 384, obs. Buisson; Crim., Urt. v. 14.01.2003, Nr. 02-87.062, Bull. crim. Nr. 6 – legifrance; Crim., Urt. v. 14.05.2002, Nr. 02-80721, Bull. crim. Nr. 111 – juricaf; Crim., Urt. v. 16.06.1981, Nr. 81-91690, Bull. crim. Nr. 207 - juricaf.

<sup>495</sup> Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, JORF, Nr. 196 v. 25.08.1993, S. 12000.

<sup>496</sup> Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, JORF, Nr. 196 v. 25.08.1993, S. 12000.

möglich war, wenn diese formalen Kriterien nicht vorlagen<sup>497</sup>. Der französische Gesetzgeber verfolgt aber seit dem Ende der 90er Jahre das Ziel den Zeugen von einem tatverdächtigen Zeugen („témoin assisté“) klar abzugrenzen<sup>498</sup> und diese Wendung ist auch innerhalb der Rechtsprechung erkennbar<sup>499</sup>. In diesem Zusammenhang kann auch allgemein festgestellt werden, dass die Beschuldigtenrechte immer mehr in den Fokus der französischen Institutionen rücken. So sei auf diverse Entscheidungen des „Conseil Constitutionnel“ betreffs der Verfassungsmäßigkeit einiger Vorschriften des CPP<sup>500</sup> hinzuweisen, die deutlich machen, dass sich der CPP im Wandel befindet<sup>501</sup>. Die Unzulänglichkeiten des CPP bezüglich der Rechte der verdächtigen Person wurden auch immer wieder von Literaturstimmen angeprangert<sup>502</sup>.

In diesem geschichtlichen Kontext entwickelte sich die nunmehr ständige Rechtsprechung, wonach eine Person nicht nur in den gesetzlich vorgeschriebenen Fällen der Artt. 113-1 ff. CPP als „témoin assisté“ gehört werden muss, sondern immer dann, wenn schon ein einfacher Verdacht der Straftatbegehung gegen sie besteht. Diese Person darf nicht mehr als einfacher Zeuge ohne besondere Rechte gehört werden<sup>503</sup>.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Verdachtsgrad ausschlaggebend ist für die Stellung als „témoin assisté“ bzw. für die Einleitung einer „mise en examen“. Problematisch erscheint mit Blick auf die obigen Ausführungen die Abgrenzung zwischen schweren oder übereinstimmenden und schweren und übereinstimmenden Indizien, die eine „mise en

---

<sup>497</sup> Guéry, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Témoin assisté, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2016, Rn. 2.

<sup>498</sup> Guéry, L'avenir du suspect, AJ Pénal, 2005, S. 232 (« *La notion de suspect n'avait pas, il y a encore quelques années, de consistance identifiable.* »).

<sup>499</sup> S. bspw. Crim., Urt. v. 06.08.2008, Nr. 08-82.924, Bull. crim. Nr. 171; Crim., Urt. v. 23.03.2004, Nr. 03-87.854, Bull. crim. Nr. 76 hinsichtlich der Auslegung der Artt. 113-2, 152 CPP.

<sup>500</sup> Cons. const., QPC Nr. 2014-428 v. 21.11.2014, JORF v. 23.11.2014, S. 19675, Text Nr. 29; QPC Nr. 2012-257 v. 18.06.2012, JORF v. 19.06.2012, S. 10181, Text Nr. 60; QPC Nr. 2010-14/22 v. 30.07.2010, JORF v. 31.07.2010, S. 14198, Text Nr. 105.

<sup>501</sup> s. auch Buisson, Garde à vue d'une partie civile. Prestation de serment du mis en cause, RSC, 2005, S. 384.

<sup>502</sup> Gallois, L'atteinte au droit constitutionnel de se taire par l'exclusion légale d'une nullité de procédure pénale, Recueil Dalloz, 2017, S. 395; Roets, Le serment d'une personne placée en garde à vue: un oxymore contraire au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et de garder le silence, RSC, 2011, S. 211.

<sup>503</sup> Crim., Urt. v. 07.02.2017, Nr. 16-84353 - legifrance; Crim., Urt. v. 11.05.2004, Nr. 03-80.254, JCP 2004, II, 10124, note Girault; Copain, Le silene du mis en cause au cours de la phase préparatoire du procès pénal en droit français, Les cahiers de droit, Québec, 2015, S. 339; Gallois, L'atteinte au droit constitutionnel de se taire par l'exclusion légale d'une nullité de procédure pénale, Recueil Dalloz, 2017, S. 395. Aus europäischer Perspektive: EGMR, Urt. v. 25.02.1993, Nr. 10588/83, Funke c/Frankreich – hudoc.

examen“ obligatorisch machen, obwohl diese Unterscheidung einen wesentlichen Einfluss auf die prozessualen Rechte der betroffenen Person hat. Es ist nämlich zu beachten, dass der Person „mise en examen“ als echte Verfahrenspartei („partie au procès“) die weitgehendsten Rechte zukommen. Hier besteht eine Fülle von Rechtsprechungsnachweisen<sup>504</sup>, die deutlich machen, dass die Einschätzung der Verdachtsmomente wesentlich in den Händen des Untersuchungsrichters liegt. Das Justizministerium hat im Jahre 2000 unverbindliche Kriterien ausgearbeitet, demnach eine obligatorische „mise en examen“ iSv Art. 105 CPP immer dann zu bejahen sei, wenn entweder mehrere leichte aber übereinstimmende Indizien oder ein einziges schweres Indiz die Begehung oder Beteiligung an einer Straftat für möglich erscheinen lassen<sup>505</sup>. Diese subjektiven Unwägbarkeiten werden dadurch abgemildert, dass ein „témoin assisté“ stets verlangen kann „mise en examen“ zu werden, s. Art.113-6 CPP. Nach einem 6-monatigen fruchtlosen Verlauf der Ermittlungen kann eine Person „mise en examen“ zudem beantragen erneut als „témoin assisté“ behandelt zu werden, s. Art. 80-1-1 CPP. Darüber hinaus nähern sich die Rechte einer Person „mise en examen“ und eines „témoin assisté“, wie im Folgenden zu sehen sein wird, immer mehr an.

#### bbb) Rechte der Person „mise en examen“

Eine Person „mise en examen“ gilt als echte Verfahrenspartei („partie au procès“) mit spezifischen Rechten<sup>506</sup>. Bevor der Untersuchungsrichter jedoch eine „mise en examen“ einleiten kann, muss er die betroffene Person stets, wenn sie nicht schon als „témoin assisté“ gehört wurde, anhören (sog. „interrogatoire de première comparution“), s. Artt. 80-1 Abs. 2, 116 Abs. 1 CPP. Der Ablauf dieser ersten Anhörung ist gesetzlich stark reglementiert.

Es gelten zunächst strenge Ladungsvorschriften hinsichtlich der verdächtigen Person, s. Art. 80-2 CPP<sup>507</sup>. Die Ladung, die entweder per Einschreiben oder durch einen OPJ mit

---

<sup>504</sup> Crim., Urt. v. 13.09.2011, Nr. 11-82.051 – legifrance; Crim., Urt. v. 28.10.2009, Nr. 07-81.493 und Nr. 09-85.235.

<sup>505</sup> Circulaires de la direction des affaires criminelles et des Grâces du 20.12.2000, Bulletin officiel Nr. 80.

<sup>506</sup> EGMR, Urt. v. 04.05.2000, Nr. 38642/97, Serves c/Frankreich – hudoc.

<sup>507</sup> Der Gesetzestext sieht eine Fülle an formellen Voraussetzungen vor: *„Le juge d’instruction peut informer une personne par lettre recommandée qu’elle est convoquée, dans un délai qui ne peut être inférieur à dix jours ni supérieur à « deux mois », pour qu’il soit procédé à sa première comparution dans les conditions prévues par l’article 116. Cette lettre indique la date et l’heure de la convocation. Elle donne connaissance à la personne de*

Nachweis in Form eines „procès-verbal“ zugestellt wird, muss besondere inhaltliche Voraussetzungen erfüllen. Sie muss darüber informieren, welche Tat der betroffenen Person zur Last gelegt wird, aufgrund welcher Verdachtsmomente die „information“ eröffnet wurde und dass eine „mise en examen“ in Frage kommt (s. Art. 80-1 Abs. 1, 2 CPP). Darüber hinaus wird die betroffene Person auch darüber informiert, dass sie das Recht hat einen Anwalt hinzuzuziehen, s. Art. 80-2 Abs. 1, 3 CPP. Der von der verdächtigen Person benannte Anwalt ist sodann entsprechend Art. 114 Abs. 2 CPP zu laden und ihm ist mindestens vier Tage vor der Vernehmung Akteneinsicht zu gewähren, s. Art. 114 Abs. 3 CPP.

Auch der Ablauf dieser ersten Vernehmung ist gesetzlich geregelt. Es wird zunächst die Identität der Person festgestellt und sie sodann über die ihr vorgeworfene Tat unterrichtet, s. Art. 116 Abs. 2 CPP. Sodann wird die betroffene Person über ihre Rechte informiert, soweit sie hiervon mangels Vernehmung als “témoin assisté” noch keine Kenntnis hat, mithin ihrem Recht auf Übersetzung der wesentlichen Verfahrensakten, s. Art. 116 Abs. 3 und ihrem Recht zu sprechen oder zu schweigen, s. Art. 116 Abs. 4. Die anwaltliche Vertretung ist im Rahmen der “interrogatoire de première comparution” zwingend, s. Art. 116 Abs. 5 S. 7 CPP. Für den Fall, dass ein Verteidiger anwesend ist, kann der Untersuchungsrichter unverzüglich zur Befragung der Person übergehen. Der Verteidiger kann nach der Vernehmung Stellung nehmen, s. Art. 116 Abs. 4 CPP. Für den Fall, dass kein Verteidiger während der ersten Vernehmung anwesend ist, kann der Untersuchungsrichter die Person nur über ihr Recht einen Verteidiger zu bestellen und sich vor der Vernehmung mit diesem auszutauschen, zu unterrichten<sup>508</sup>. Eine Ausnahme von dieser Anwesenheitspflicht des Verteidigers kann in dringenden Fällen gemacht werden. Dabei definiert das Gesetz, wann ein solcher dringender Fall vorliegt, nämlich wenn sich ein Zeuge in Lebensgefahr befindet oder wenn der Verlust von Beweismitteln zu befürchten

---

*chacun des faits dont ce magistrat est saisi et pour lesquels la mise en examen est envisagée, tout en précisant leur qualification juridique. Elle fait connaître à la personne qu'elle a le droit de choisir un avocat ou de demander qu'il lui en soit désigné un d'office, ce choix ou cette demande devant être adressé au greffe du juge d'instruction. Elle précise que la mise en examen ne pourra intervenir qu'à l'issue de la première comparution. Le juge d'instruction peut également faire notifier cette convocation par un officier de police judiciaire. Cette notification comprend les mentions prévues à l'alinéa précédent ; elle est constatée par un procès-verbal signé par a personne qui en reçoit copie.“*

<sup>508</sup> Dreyer/Mouysset, Procédure Pénale, Lextenso, Paris, 2016, Rn 300.

ist, s. Art. 117 CPP.

Im Falle eines Verdachts auf ein Verbrechen muss die Vernehmung der verdächtigen Person stets audiovisuell aufgenommen werden, s. Art. 116-1 CPP. Falls sich erst im Laufe einer “mise en examen” der Verdacht von einem Vergehen auf ein Verbrechen steigert, so ist die Person von der Änderung der Verdachtsmomente zu unterrichten, s. Art. 118 Abs. 1 CPP.

Am Ende der ersten Vernehmung teilt der Richter der Person mit, ob eine “mise en examen” eingeleitet wird, s. Art. 116 Abs. 6 CPP. Wenn dies der Fall ist, unterrichtet er sie über ihr Recht Beweisanträge, sowie Anträge auf Aufhebung von Maßnahmen („requête en annulation”), die im Laufe der „information“ getätigt werden, zu stellen, s. Art. 116 Abs. 6 Abs. 2 CPP. Er unterrichtet sie auch über ihr Recht nach Ablauf eines Jahres bei einem Verdacht auf ein Vergehen beziehungsweise nach Ablauf von 18 Monaten bei einem Verdacht auf ein Verbrechen die Schließung des Verfahrens zu beantragen, s. Art. 116 Abs. 7 S. 2 CPP.

Die Einleitung einer “mise en examen” erfolgt durch richterlichen Beschluss („ordonnance juridictionnelle“)<sup>509</sup>. Mithin kann man gegen die Entscheidung selbst einen Rechtsbehelf („recours“) einlegen, vgl. Art. 183 Abs. 1, 2 CPP.

Eine Person “mise en examen” kann im Laufe der “information” nur noch von einem Untersuchungsrichter und nicht von einem OPJ vernommen werden, s. Art. 152 Abs. 2 S. 1 CPP. Eine Vernehmung ohne Anwalt ist nur mit einem ausdrücklichen Verzicht auf die Anwesenheit des Verteidigers möglich, s. Art. 114 Abs. 1 CPP. Dem Untersuchungsrichter sind während der Vernehmung jegliche Täuschungshandlung, etc. untersagt<sup>510</sup>.

Der Verteidiger kann maßgeblich auf den Verfahrensablauf Einfluss nehmen<sup>511</sup>. So behandelt Art. 114 CPP die Ladungsform und -frist, sowie das anwaltliche Akteneinsichtsrecht. Es handelt

---

<sup>509</sup> Diese Präzisierung als richterlicher Beschluss ist notwendig, da der Untersuchungsrichter in dieser Funktion auch verwaltungsrechtliche Beschlüsse treffen kann (“ordonnance administrative”), gegen die anders als gegen einen richterlichen Beschluss kein Rechtsbehelf möglich ist, Pradel, Procédure pénale, Cujas, Paris, 2017, S. 749.

<sup>510</sup> Crim., Urt. v. 28.11.2001, Nr. 01-86.467, Bull. crim. Nr. 248 (Hypnose) – legifrance.

<sup>511</sup> Robaczewski, Procédure Pénale, Gazette du Palais, 2016, S. 214 ff.

sich um strenge Ladungspflichten, deren Nichteinhaltung die Nichtigkeit der Vernehmung begründen kann, wenn der Verteidiger die fehlerhafte Ladung in der Verhandlung rügt<sup>512</sup>. Die Anhörung einer Person “mise en examen” stellt mithin ein stark formalisiertes Verfahren dar.

Allgemein ist bei Vornahme einer jeden Ermittlungshandlung im Rahmen einer „information“ auf die Eigenheiten dieses formalisierten Verfahrens zu achten. Die „information“ gilt grundsätzlich als schriftliches Verfahren, so dass jede Maßnahme des Untersuchungsrichters in einem Protokoll (sog. „procès-verbal“) festgehalten werden muss, mithin auch die Vernehmung s. Artt. 106, 107, 121 CPP. Fehlt ein solches Protokoll oder entspricht es nicht den gesetzlichen Vorgaben, gilt die Ermittlungsmaßnahme als nicht vorgenommen. Aufgrund dieses Schriftefordernisses ist die Vernehmung eines Beschuldigten per Telefon unzulässig<sup>513</sup>. Die Rechtsprechung ging sogar so weit, dass selbst spontane Äußerungen, die eine Person “mise en examen” gegenüber einem Polizisten außerhalb einer Vernehmung getätigt hat, von diesem nicht aufgezeichnet und folglich nicht verwertet werden durften, da die Person “mise en examen” nur nach Ladung ihres Verteidigers vernommen werden darf<sup>514</sup>.

Zusätzliche Rechte der verdächtigen Person im Laufe einer „information“ bestehen in dem Beweisantragsrecht, s. Art. 82-1 Abs. 1 CPP. Der Untersuchungsrichter hat innerhalb von einem Monat über einen Beweisantrag zu entscheiden, s. Art. 82-1 Abs. 2 CPP. Die Person “mise en examen” kann zudem in regelmäßigen Abständen verlangen angehört zu werden, s. Art. 82-1 Abs. 3 S. 1 CPP.

Sie hat zudem das Recht bei der Vernehmung eines Zeugen anwesend zu sein, s. Art. 120 CPP, wobei das Gesetz hier keine Ladungspflichten vergleichbar mit Art. 114 CPP kennt. Sie kann aber eine Gegenüberstellung (“confrontation”) mit der Person, die Anzeige erstattet hat, beantragen, s. Artt. 82-1, 120-1 CPP und dadurch eine Teilnahme an einer Zeugenvernehmung

---

<sup>512</sup> Crim., Urt. v. 02.09.1986, Nr. 86-93266, Bull. crim. Nr. 251.

<sup>513</sup> Crim., Urt. v. 04.01.1994, Nr. 93-84.683, Bull. crim. Nr. 2 – legifrance.

<sup>514</sup> Crim., Urt. 05.03.2013, Nr. 12-87087, Bull. crim. Nr. 56.

„provozieren“.

ccc) „mise en examen“ und „garde à vue“

Mit der Stellung als Person „mise en examen“ geht gleichzeitig einher, dass gewisse Zwangsmaßnahmen, so die Anordnung der „garde à vue“ (sinngemäß Polizeigewahrsam) vorgenommen werden können, s. Art. 154 iVm 62-2 CPP. Es handelt sich dabei um eine stundenmäßig begrenzte, freiheitsentziehende Maßnahme, die von der Polizei angeordnet und grundsätzlich 24 Stunden nicht überschreiten darf. Sie dient der Sicherung des Verfahrens, der Sicherung von Beweismitteln oder der Beendigung der Straftat (Artt. 62, 154 CPP). Die „garde à vue“ kann mit Bewilligung des „juge d’instruction“ (Art. 154 Abs. 2 CPP) um weitere 24 Stunden verlängert werden, wenn dem Verfahren eine Straftat, die mit einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr belegt ist, zugrunde liegt (Art. 63 Abs. 2 CPP). Wenn die zugrundeliegende Straftat dem Bereich der organisierten Kriminalität entspringt, kann die Maßnahme bis zu 96 Stunden andauern (Artt. 706-88, 706-88-1 CPP). Diese Verlängerung ist wiederum von dem „juge d’instruction“ zu bewilligen. Falls die verdächtige Person für einen längeren Zeitraum, insbesondere bis zu dem Abschluss des Verfahrens, festgehalten werden soll, ist eine so genannte „mise en détention provisoire“ vorzunehmen<sup>515</sup>, Artt. 137 ff. CPP.

Die betroffene Person ist unverzüglich ab Festnahme von dem Polizeibeamten über die Verhängung der „garde à vue“, ihrer Dauer, der in Verdacht stehenden Straftat, das Recht sich ärztlich untersuchen zu lassen, das Recht einen Angehörigen zu informieren, das Recht auf einen Verteidiger, das Recht auf einen Übersetzer, das Schweigerecht und das Recht Erklärungen abzugeben, zu informieren (Artt. 63-1, 154 CPP). Darüber hinaus hat sie ein erweitertes Akteneinsichtsrecht. Wenn die Person einen Verteidiger bestellt, darf sie sich mit diesem austauschen, wobei die Unterhaltung nicht länger als 30 Minuten dauern darf (Art. 63-4 Abs. 1, 2 CPP). Wenn die betroffene Person die Anwesenheit eines Verteidigers während der Vernehmung wünscht, so kann sie innerhalb der nächsten zwei Stunden ab Geltendmachung des Rechts auf Anwesenheit des Verteidigers nicht ohne den Anwalt vernommen werden (Art. 63-4-2 Abs. 1 CPP). Wenn der Verteidiger erst nach Fristablauf

---

<sup>515</sup> Bouloc, Procédure pénale, Dalloz, Paris, 2017, S. 774.



eintrifft, wird die Vernehmung unterbrochen und ihm Akteneinsicht gewährt (Art. 63-4-2 Abs. 2 CPP).

Eine Vernehmung kann, trotz der Forderung des Betroffenen von einem Verteidiger begleitet zu werden, ohne Anwalt vorgenommen werden, wenn der „juge d’instruction“ eine unverzügliche Vernehmung (Artt. 63-4-2 Abs. 3, 154 Abs. 2 CPP) für erforderlich hält oder die Anwesenheit eines Anwalts den Untersuchungserfolg gefährden würde (Art. 63-4-2 Abs. 4 CPP). Im letzteren Fall kann die Anwesenheit eines Anwalts sowie dessen Akteneinsichtsrecht für 12 bis 24 Stunden ausgesetzt werden (Art. 63-4-2 Abs. 5, 6 CPP).

ddd) „mise en examen“ und Verfahrensabtrennung

Mit Blick auf die Möglichkeit einer Verfahrensabtrennung in Deutschland stellt sich die Frage, ob auch in Frankreich eine Person „mise en examen“ als Zeuge in einem anderen Verfahren gehört werden kann. Dem steht schon der Wortlaut des Art. 105 CPP entgegen, wonach eine Person „mise en examen“ nicht mehr als Zeuge gehört werden kann. Art. 182 Abs. 3 S. 2 CPP sieht zudem vor, dass im Falle einer Verfahrensabtrennung die Person „mise en examen“ in dem abgetrennten Verfahren stets als „témoin assisté“ und nur zu Tatsachen, die nicht im Zusammenhang („connexe“) mit den Tatsachen, aufgrund derer sie verdächtig ist, gehört werden kann<sup>516</sup>.

eee) Rechte des „témoin assisté“

Die Regelungen bezüglich des „témoin assisté“ finden sich in den Artt. 113-1 ff. CPP. Ihm

---

<sup>516</sup> Crim. 14.05.2002, Bull. crim. Nr. 111, JCP, 2002, IV, S. 2005; Guéry, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Témoin assisté, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2016, Rn. 25; Valat, JurisClasseur Procédure pénale, Audition des témoins, LexisNexis, Paris, 2016, Fasc. 20, Rn 27; Vlamynck, Droit de la police, Vuibert, Paris, 2017, S. 113, Rn 147: „*Les dispositions de l'article 105 CPP bénéficient à la personne lorsque, dans une seule et même information judiciaire, elle n'est pas mise en examen pour l'ensemble des faits dont le juge d'instruction est saisi, mais pour une partie seulement. Par exemple, si la personne est mise en examen pour un vol à main armée et pas pour la série complète, elle ne peut être entendue comme témoin pour les autres faits. Tel n'est pas le cas lorsque les informations judiciaires sont distinctes même si les faits sont connexes. Cette situation est le plus souvent le résultat d'une décision de jonction de procédures qui est laissée à la libre appréciation du magistrat et contre laquelle il n'y a pas de recours.*“

kommt keine formale Stellung als Verfahrenspartei (“partie au procès”) zu<sup>517</sup>.

Das Gesetz regelt zunächst den Ablauf der Vernehmung eines „témoin assisté“. Es gelten im Unterschied zu einer Person „mise en examen“ keine strenge Ladungsfristen, s. Art. 113-4 Abs. 2 CPP. Während der ersten Vernehmung wird die betroffene Person über den Inhalt des „réquisitoire introductif d’instance“, beziehungsweise der Anzeige („plainte“) unterrichtet, s. Art. 113-4 Abs. 1 CPP. Zudem wird sie über ihr Recht zu Schweigen, ihr Recht Erklärungen abzugeben, sowie über die in Art. 113-3 CPP aufgelisteten Rechte belehrt, s. Art.113-4 Abs. 1 CPP.

Aus Art. 113-3 Abs. 1 CPP ergibt sich insbesondere das Recht des „témoin assisté“ auf einen Anwalt. Wenn ein Verteidiger bestellt wurde, so ist dieser vor jeder Vernehmung zu laden und ihm ist Akteneinsichtsrecht zu gewähren. Es wird insoweit auf die Vorschriften der “mise en examen” in Art. 114 CPP verwiesen. Art. 113-3 Abs. 2 CPP stipuliert auch das Recht auf Übersetzung der wesentlichen Verfahrensakten. Der “témoin assisté” kann trotz seiner formalen Stellung als Zeuge im Rahmen seiner Vernehmung nicht vereidigt werden, s. Art. 113-7 CPP. Er wird entweder von einem Untersuchungsrichter oder einem OPJ im Rahmen einer “commission rogatoire” vernommen, letzteres jedoch nur dann, wenn er dem ausdrücklich zugestimmt hat, s. Art. 152 Abs. 2 S. 2 CPP.

Im weiteren Verlauf der „information“ kann der “témoin assisté” Anträge auf Feststellung der Nichtigkeit gewisser Ermittlungshandlungen iSd Art. 173 CPP stellen und eine Konfrontation mit der ihn anzeigenden Person beantragen s. Art. 113-3 Abs. 3 CPP. Er hat gem. Art. 120 CPP das Recht, während dieser Konfrontation von seinem Anwalt begleitet zu werden.

Gegen den “témoin assisté” kann keine Anklage (in Form einer „ordonnance de renvoi”/„mise en accusation”) erhoben werden, s. Art. 113-5 CPP, denn diese setzt notwendigerweise eine vorherige “mise en examen” voraus. Wenn der „témoin assisté“ eine „mise en examen“ verlangt, ist er über alle zusätzlichen Rechte zu

---

<sup>517</sup> Letuermey/Kolb, L’essentiel des grands arrêts, Gualino, Issy-les-Moulineaux, 2016, S. 182.

informieren, vgl. Art. 113-8 CPP.

fff) „témoin assisté“ und „garde à vue“

Gegen einen „témoin assisté“ kann ebenfalls eine „garde à vue“<sup>518</sup> verhängt werden (Artt. 62-2, 154 Abs. 1 CPP). Es gelten die gleichen Regeln wie im Rahmen einer „mise en examen“, so dass nach oben verwiesen werden kann.

ggg) „témoin assisté“ und Verfahrensabtrennung

Es stellt sich wiederum die Frage, ob der „témoin assisté“ im Rahmen einer Verfahrenstrennung als einfacher Zeuge gehört werden kann. Eine Vorschrift entsprechend Art. 105 oder Art. 182 CPP findet sich für den „témoin assisté“ nicht. Die Rechtsprechung bejaht die Frage unter gewissen Voraussetzungen<sup>519</sup>. So darf die betroffene Person nur zu solchen Tatsachen vernommen werden, die nicht konnex zu den ihm vorgeworfenen Tatsachen sind. Wird sie hingegen zu konnexen Tatsachen vernommen, ist ihre Aussage unverwertbar. Darüber hinaus gilt ein Verfahrensabtrennungsverbot, wenn die Verfahren eine Einheit bilden<sup>520</sup>.

hhh) Zusammenfassung

In der Zusammenschau ergibt sich, dass der Person „mise en examen“ weitere Rechte zustehen<sup>521</sup>, wobei sich die Position des „témoin assisté“ der „mise en examen“ annähert<sup>522</sup>, s. nur Art. 113-3 Abs. 3 iVm 173 CPP. Diese Entwicklung kann bezüglich der Verteidigungsrechte beobachtet werden. So läuft die erste Vernehmung eines „témoin assisté“ hinsichtlich der Belehrungsinhalte fast parallel zu der Vernehmung einer Person „mise en examen“ ab, da die Artt. 113-3 Abs. 1, 113-4 Abs. 1 CPP auf die Artt. 114, 114-1 CPP verweisen. Jedoch gilt keine Anwesenheitspflicht des Verteidigers iSv Art. 116 Abs. 5 CPP. Die rechtlich stärker geschützte Position der Person „mise en examen“ ergibt sich auch aus ihrer prozessualen Verfahrensstellung als echte Verfahrenspartei, die ihr eine Einflussnahme auf das

---

<sup>518</sup> Er kann darüber hinaus jedoch nicht festgehalten werden iSe „mise en détention provisoire“, s. Art. 137 CPP.

<sup>519</sup> Redon, Répertoire de droit pénal et procédure pénale, Enquête, témoin, attestation, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2016, Rn 341.

<sup>520</sup> Guéry/Chambon, Droit et pratique de l’instruction préparatoire, Dalloz, Paris, 2017, S. 980.

<sup>521</sup> Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité de Procédure Pénale, Economica, Paris, 2015, S. 1156.

<sup>522</sup> Guéry, De la nécessité accrue, pour le témoin assisté, de l’être bien..., AJ Pénal, 2005, S. 111.

Verfahren ermöglicht.

bb) „phase d'enquête“

aaa) Begriff des „suspect“

Die Person, gegen die sich eine „enquête“ richtet, wird allgemein als „suspect“ bezeichnet, obwohl sich dieser Begriff so nicht im CPP findet<sup>523</sup>. Die rechtliche Stellung des „suspect“ hat sich in den letzten Jahrzehnten in Frankreich stark gewandelt. Dabei wurden die Rechte der Person, die sich im Mittelpunkt des polizeilichen Vorverfahrens befindet, dank unterschiedlicher europäischer Initiativen immer weiter gestärkt<sup>524</sup>. Zum besseren Verständnis der aktuellen Rechtslage wird in der gebotenen Kürze die Rechtslage wie sie bis ins Jahr 2014 bestand, dargestellt.

Zunächst gilt es hervorzuheben, dass die Rechte, die einer verdächtigen Person zustehen, grundsätzlich erst dann effektiv geltend gemacht werden können, wenn die Person Kenntnis von dem gegen sie gerichteten Verfahren hat<sup>525</sup> und sie über ihre Rechte informiert wird. Mithin ist der ausschlaggebende Moment für die Entstehung der Beschuldigtenrechte die erste Vernehmung. Die besonderen Rechte einer Person, gegen die eine „enquête“ geführt wurde, divergierten dabei zunächst je nach Art ihrer Anhörung. Entweder wurde eine Person im Rahmen einer „garde à vue“ oder auf freiem Fuß vernommen. Im ersteren Fall sprach man von einer so genannten Zwangsvernehmung („audition sous contrainte“), die sich durch die Unmöglichkeit der verdächtigen Person, sich dem Verfahren zu entziehen, auszeichnete<sup>526</sup>. Aufgrund dieses Zwangscharakters der Vernehmung wurden der betroffenen Person mit der Neufassung der Art. 62, 63, 63-1, 63-4 Abs. 1 – 6, 77 CPP mit Gesetz vom 14. April 2011<sup>527</sup> besondere Rechte (Belehrung über das Schweigerecht, Recht auf Verteidigung) zugesprochen.

---

<sup>523</sup> Defferrard, *Le suspect dans le procès pénal*, mare & martin, Paris, 2016, S. 21, 25 ff.

<sup>524</sup> Einen wertvollen Überblick hinsichtlich der europäischen Initiativen findet sich in Touillier, *Le statut du suspect à l'ère de l'eupéanisation de la procédure pénale : entre „petite“ et „grande“ révolutions*, RSC, 2015, S. 127 ff.

<sup>525</sup> In der Literatur wird diesbezüglich auch diskutiert, ob und wenn ja, wann einem „suspect“ besondere Mitwirkungsrechte an dem Verfahren zugesprochen werden sollen, mithin ob der „phase d'enquête“ nicht nur ein inquisitorischer, sondern auch kontradiktorischer Charakter zugesprochen werden kann, bzw. sollte, s. Décima, *La juridictionnalisation de l'enquête pénale*, Cujas, Paris, 2015, S. 1.

<sup>526</sup> Desportes/Lazerges-Cousquer, *Traité de Procédure Pénale*, Economica, Paris, 2015, S. 1062.

<sup>527</sup> Loi n° 2011-392 du 14.04.2011 relative à la garde à vue (1), JORF, Nr. 0089 v. 15.04.2011, S. 6610, Text Nr. 1.

Dieser Zuspruch an neuen Rechten, die dem Beschuldigten zuvor nicht zustanden, kann auf eine Entscheidung des „Conseil Constitutionnel“ vom 30. Juli 2010<sup>528</sup> zurückgeführt werden, die die bisherige Rechtslage für unverhältnismäßig und verfassungswidrig befunden hat<sup>529</sup>.

Sobald der Anhörung einer verdächtigen Person jedoch ein solcher Zwangscharakter fehlte (sog. „audition libre“), wurde sie weiterhin weder über die Tatsache, dass und welcher Tat sie verdächtig ist, noch über ihr Schweigerecht oder weitere Beschuldigtenrechte iSv Art. 6 Abs. 3 EMRK belehrt. Man ging davon aus, dass eine Person, der es jederzeit frei stehe zu gehen und die Anhörung zu beenden, nicht schutzwürdig ist<sup>530</sup>. Wenn sie von sich aus Informationen preisgibt, entspreche dies ihrer eigenen Verantwortung<sup>531</sup>.

Jedoch wurde aufgrund der immer stärker werdenden Bedeutung des Grundsatzes des fairen Verfahrens iSv Art. 6 Abs. 3 EMRK ein Richtungswechsel in der französischen Rechtsprechung erkennbar<sup>532</sup>. Es wurde auch in der Literatur und von Praktikern gefordert, dass eine verdächtige Person auch außerhalb der „garde à vue“ über gewisse Informationen verfügen müsse, beispielsweise über den gegen sie gerichteten Tatvorwurf in Kenntnis gesetzt werde<sup>533</sup>. Zudem ermöglichte das bestehende System eine Umgehung der Beschuldigtenrechte, da die Ermittlungsbehörden von einer Anordnung der „garde à vue“ absahen, um eine tatverdächtige

---

<sup>528</sup> Cons. const., QPC Nr. 2010-14/22 v. 30.07.2010, - legifrance.

<sup>529</sup> Binet-Grosclaude, *L'avant-procès pénal : étude comparée Angleterre-France*, Bruylant, Bruxelles, 2011, Avant-propos XIV.

<sup>530</sup> Desportes/Lazerges-Cousquer, *Traité de Procédure Pénale*, Economica, Paris, 2015, S. 1062.

<sup>531</sup> Cons. const., QPC Nr. 2011-191/194/195/196/197nv. 18.11.2011, JORF v. 19.11.2011, S. 19480, Text Nr. 99; Crim., Urt. v. 11.06.2013, Nr. 13-81.255 - legifrance; Crim., Urt. v. 13.11.1996, Nr. 96-82.087, 96-83.708, Bull. crim. Nr. 401; Salvat, *Audition d'une personne entendue en enquête préliminaire sans être placée en garde à vue*, RSC, 2013, Etude 15.

<sup>532</sup> So entschied der „Conseil Constitutionnel“ auf eine Vorlagefrage das die Artt. 62, 63, 63-1 und 77 CPP aF (vor der gesetzlichen Neufassung im Jahre 2011) nicht mit der Verfassung vereinbar sind: Cons. Const., QPC v. 30.07.2010, Nr. 2010-19/27, JORF v. 31.07.2010, S. 14202, Text Nr. 106. Zudem entschied der „Conseil Constitutionnel“ im Jahre 2012, dass Art. 62 Abs. 2 aF CPP, der die Anhörung einer verdächtigen Person als Zeuge erlaubte, nur dann verfassungskonform sei, wenn die verdächtige Person von dem, gegen sie bestehenden, Tatvorwurf und über ihr Recht, jederzeit die Räumlichkeiten, in denen die Anhörung stattfindet, zu verlassen, unterrichtet wird. Diese Vorschriften wurden dann mit Gesetz v. 27.05.2014 aufgehoben: Cons. Const., QPC v. 18.06.2012, Nr. 2012-257, JORF v. 19.06.2012, S. 10181, Text Nr. 60.

<sup>533</sup> Leblois-Happe, *L'Européanisation du droit pénal français depuis le traité de Lisbonne*, in Pin, *Mémoire et droit pénal en France et en Allemagne*, Société de législation comparée, Paris, 2017, S. 127 mwN.

Person ohne besondere Formalitäten und insbesondere ohne Anwalt anhören zu können<sup>534</sup>.

Der französische Gesetzgeber wurde im Jahre 2014 tätig. Mit Gesetz vom 27. Mai 2014<sup>535</sup>, das der Umsetzung der RL 2012/13/EU<sup>536</sup> diente, wurde die so genannte „audition libre“ und die damit einhergehenden Rechte gesetzlich verankert, über die eine verdächtige Person nunmehr auch außerhalb der „garde à vue“ im Rahmen ihrer ersten Vernehmung zu belehren ist<sup>537</sup>.

Die Artt. 61-1 ff. CPP enthalten nun die maßgeblichen Bestimmungen für eine im Rahmen einer „enquête de flagrance“ verdächtige Person. Diese finden ebenfalls auf die „enquête préliminaire“ Anwendung, s. den Verweis in Art. 77 CPP. Ein Verdächtiger kann entweder in Form einer „audition libre“ als „suspect libre“ (vgl. Art. 61-1, 62 Abs. 3 CPP) oder im Rahmen einer „garde à vue“ im Rahmen einer „audition sous contrainte“, vgl. Artt. 62-2 ff. CPP, vernommen werden.

Als „suspect“ gilt man, sobald plausible Gründe dafürsprechen, dass man eine Straftat begangen hat oder versucht hat zu begehen. So heißt es in Art. 61-1 CPP, der die Beschuldigtenrechte aufzählt: *“La personne à l'égard de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction ne peut être entendue librement sur ces faits qu'(...).”*

Der CPP kennt jedoch noch weitere Umschreibungen für die Person, gegen die sich eine „enquête“ richtet. So ist zum Beispiel in Art. 60 Abs. 4 CPP die Sprache von *“personnes à l'encontre desquelles il existe des indices faisant présumer qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction”*. In Art. 78-3-1 Abs. 1 CPP heißt es: *“Toute personne faisant l'objet d'un contrôle ou d'une vérification d'identité prévus au présent chapitre peut, lorsque ce contrôle ou cette vérification révèle qu'il existe des raisons sérieuses de penser que son*

---

<sup>534</sup> Pradel, Procédure Pénale, Cujas, 2017, S. 595.

<sup>535</sup> Loi n° 2014-535 du 27.05.2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales (1), JORF, Nr. 0123 v. 28.05.2014, S. 8864, Text Nr. 2.

<sup>536</sup> Richtlinie 2012/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.05.2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren.

<sup>537</sup> Salvat, Audition d'une personne entendue en enquête préliminaire sans être placée en garde à vue, RSC, 2013, Etude 15.

*comportement peut être lié à des activités à caractère terroriste (...)*“. Eine „enquête“ kann mithin auch aufgrund von „Indizien“ oder „ernsthaften Gründen“ gegen eine Person eingeleitet werden<sup>538</sup>. Trotz dieser unterschiedlichen Umschreibung gilt man laut herrschender Meinung immer dann als „suspect“, wenn es wahrscheinlich erscheint, dass man eine Straftat begangen hat oder an deren Begehung beteiligt war<sup>539</sup>.

Das Gesetz sieht zudem eine Definition des Zeugen („témoin“) vor, der sich von einem „suspect“ dadurch unterscheidet, dass keinerlei Gründe für wahrscheinlich erscheinen lassen, dass die Person eine Straftat begangen hat oder an deren Begehung beteiligt war. So heißt es in Art. 62 Abs. 1 CPP: *“Les personnes à l'encontre desquelles il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction sont entendues par les enquêteurs sans faire l'objet d'une mesure de contrainte.”* Das Gesetz sieht in Art. 62 Abs. 3 CPP explizit auch den Fall vor, dass ein Zeuge im Verlauf einer Vernehmung zu einem “suspect” wird. Ab dem Zeitpunkt, ab dem vernünftige Gründe dafürsprechen, dass die Person an einer Straftat mitgewirkt hat, ist sie nicht mehr als Zeuge, sondern als Beschuldigter gem. Art. 61-1 CPP (bzw. gem. Art. 62-2 CPP soweit die Anordnung einer „garde à vue“ angezeigt ist) zu hören.

Dabei liegt es im Ermessen der Ermittlungsbehörden zu entscheiden, wann solche Gründe vorliegen. Es ist in der Rechtsprechung zudem anerkannt, dass die Ermittlungsbeamten zur Verifizierung ob tatsächlich Gründe vorliegen, die eine Straftatbegehung vermuten lassen, weitere Beweise, insbesondere durch die Fortführung der Anhörung als Zeuge, erheben können. Eine offensichtlich verdächtige Person kann jedoch nicht mehr als Zeuge

---

<sup>538</sup> Die Literatur versucht anhand feiner Nuancen Unterschiede zwischen der Definition von „Indizien“ und „Gründen“ herauszuarbeiten. So sollen sich Indizien auf objektive Tatsachen, plausible Gründe wiederum auf eine subjektive Einschätzung der Ermittlungsbehörden stützen. Diese unterschiedliche Qualität des auslösenden Moments ändert jedoch nichts an dem erforderlichen Verdachtsgrad, der gegen eine Person vorliegen muss, s. Defferrand, *Le suspect dans le procès pénal*, mare & martin, Paris, 2016, S. 21 ff.; Desportes/Lazerges-Cousquer, *Traité de Procédure Pénale*, Economica, Paris, 2015, S. 1060; Pradel, *Procédure Pénale*, Cujas, 2017, S. 595 ff.

<sup>539</sup> Defferrand, *Le suspect dans le procès pénal*, mare & martin, Paris, 2016, S. 21 ff.

gem. Art. 62 Abs. 1 CPP gehört werden<sup>540</sup>.

bbb) „garde à vue“

Die Polizei kann gegen einen „suspect“ eine „garde à vue“<sup>541</sup> verhängen, s. Art. 62-2 CPP. Es kann insoweit auf die Ausführungen zur „information“ verwiesen werden, da die Maßnahme nach den gleichen Vorschriften ablaufen. Für die Bewilligung der Verlängerung einer „garde à vue“ sowie die zeitliche Beschränkung des Rechts auf einen Anwalt ist hingegen die Staatsanwaltschaft, beziehungsweise der JLD zuständig (s. Artt. 63 (II), 63-4-2 Abs. 4, 5 CPP).

ccc) „audition libre“

Im Rahmen einer „audition libre“ ist der Verdächtige über den gegen ihn bestehenden Tatvorwurf in Kenntnis zu setzen, über sein Recht jederzeit die Räumlichkeiten, in denen die Vernehmung stattfindet, zu verlassen, sein Recht zu schweigen, zu sprechen und Stellung zu nehmen sowie sein Recht auf Übersetzung zu belehren, s. Art. 61-1 Abs. 1 Nr. 1-4 CPP. Falls er eines Verbrechens oder eines Vergehens, das mit einer Freiheitsstrafe belegt ist, verdächtig wird, ist er zudem über sein Recht auf einen Anwalt zu informieren, s. Art. 61-1 Abs. 1 Nr. 5 CPP. Die verdächtige Person kann auf die Anwesenheit eines Anwalts während der Vernehmung ausdrücklich verzichten, s. Art. 61-1 Abs. 1 Nr. 5 HS 3 CPP. Darüber hinaus ist der „suspect“ stets auf die Beratungsangebote der Rechtshilfestelle hinzuweisen, s. Art. 61-1 Abs. 1 Nr. 6 CPP.

Die Vernehmung ist in einem Vernehmungsprotokoll festzuhalten, s. Art. 61-1 Abs. 2 CPP.

Die sonstigen Rechte des „suspect“ und insbesondere die Rolle des Verteidigers sind im Vergleich zu einer „information“ stark eingeschränkt. Das Gesetz sieht zum Beispiel nur punktuelle Eingriffsmöglichkeiten des Anwalts in den Ablauf des polizeilichen Vorverfahrens vor. Umfassende Stellungnahme-, Akteneinsichts-, Beweisantragsrechte, sowie die

---

<sup>540</sup> Crim., Urt. v. 03.04.2007, Nr. 07-80807, Bull. crim. Nr. 102; Bouloc, Procédure pénale, Dalloz, Paris, 2018, S. 471.

<sup>541</sup> Eine darüberhinausgehende „mise en détention provisoire“ ist im Rahmen einer „enquête“ nicht zulässig; es muss hierfür eine „information“ eröffnet und die Person „mise en examen“ werden, s. Art. 137 CPP.



Möglichkeit der Einlegung von Rechtsmitteln<sup>542</sup> sind für diesen strafprozessualen Verfahrensabschnitt nicht vorgesehen.

Der Grund hierfür kann erneut in der Grundkonzeption des CPP gefunden werden. Demnach soll die „phase d'enquête“ die Interventionsmöglichkeiten der betroffenen Personen beschränken, um so viele Beweise wie möglich erheben zu können. Erst die „information“ soll den Beteiligten die Möglichkeit geben zur Vorbereitung der Hauptverhandlung zu den erhobenen Beweisen Stellung zu nehmen, um deren Qualität und Beweiswert bestimmen zu können<sup>543</sup>. Die Heimlichkeit der „phase d'enquête“ wird damit legitimiert, dass die umfassende und ungestörte Beweiserhebung der Straftataufdeckung dienlich ist und damit von dem öffentlichen Interesse der effektiven Kriminalitätsbekämpfung gedeckt wird<sup>544</sup>.

Es ist eine Entwicklung weg von diesem traditionellen Grundkonzept zu erkennen. So ergingen im Jahre 2014 zwei Entscheidungen des „Conseil Constitutionnel“, die die Vorschriften, wonach der „suspect“ einen Richter weder zur rechtlichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Beschlagnahme noch einer Wohnungsdurchsuchung anrufen kann, für nicht mit der Verfassung vereinbar erklärt haben<sup>545</sup>. Des Weiteren wurde mit Gesetz vom 18. November 2016<sup>546</sup> der Art. 61-3 CPP eingeführt, der dem „suspect“ ein erweitertes Recht auf einen Verteidiger während spezifischer Ermittlungshandlungen (nämlich der Rekonstruktion des Tatgeschehens und einer Gegenüberstellung) einräumt. Der Verteidiger kann im Anschluss der Maßnahmen Stellung nehmen.

Die Rechte des Verteidigers ergeben sich darüber hinaus aus Art. 63-4-3 und Art. 63-4-4 iVm

---

<sup>542</sup> Art. 170 CPP, der ein Recht auf eine Nichtigkeitsklärung von einer Ermittlungsmassnahme oder eines Beweismittels („*annulation d'un acte ou d'une pièce*“) vorsieht, findet nur im Rahmen der „information“ Anwendung. Der Betroffene einer „enquête“ kann grundsätzlich erst im Falle der Eröffnung einer Hauptverhandlung die Nichtigkeitsklärung gem. Art. 802 CPP beantragen.

<sup>543</sup> Beaume, Rapport sur la procédure pénale, 2014, S. 41, 42, <http://www.justice.gouv.fr/publication/rap-beaume-2014.pdf> (Stand 10.08.2017).

<sup>544</sup> Beaume, Rapport sur la procédure pénale, 2014, S. 22 <http://www.justice.gouv.fr/publication/rap-beaume-2014.pdf> (Stand 10.08.2017).

<sup>545</sup> Cons. const., QPC v. 04.04.2014, Nr. 2014-387, JORF, Nr. 81 v. 05.04.2014, S. 6480, Text Nr. 3; Cons. const., QPC v. 21.03.2014, Nr. 2014-375, JORF, Nr. 70 v. 23.03.2014, S. 5737, Text Nr. 35.

<sup>546</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, JORF, Nr. 269 v. 19.11.2016, Text Nr. 1.

Art. 61-1 Abs. 1 Nr. 5 HS 1 CPP. Demnach kann der Verteidiger, der von einem OPJ zu einer Zeugenvernehmung geladen wurde, Fragen stellen, s. Art. 63-4-3 Abs. 2 S. 1 CPP. Diesen Fragen ist stattzugeben außer sie stören den Verfahrensablauf der Vernehmung. In dem Fall kann der Anwalt diese Fragen in einer Stellungnahme erfassen, die dem Verhandlungsprotokoll beigelegt wird, s. Art. 63-4-3 Abs. 3 CPP.

Diese Vorschriften lassen aber erkennen, dass dem Verteidiger während einer polizeilichen Zeugenvernehmung kein zwingendes Anwesenheitsrecht zukommt, da dessen Ladung zu dem Anhörungstermin im Ermessen des OPJ steht. Zudem ergibt sich im Umkehrschluss, dass dem Verteidiger während der „enquête“ nur ein beschränktes Recht zur Stellungnahme zukommt, s. bspw. auch Art. 61-3 oder Art. 77-2 Abs. 1 CPP.

ddd) Rechte des „suspect“ während einer „enquête préliminaire“

Der „suspect“, der im Rahmen einer „enquête préliminaire“ eines Verbrechens oder Vergehens, das mit Freiheitsstrafe belegt ist, verdächtig wird, hat seit dem Gesetz vom 3. Juni 2016<sup>547</sup> das Recht ein Jahr nach Vornahme einer Maßnahme gem. Art. 61-1 oder 62-2 CPP Akteneinsicht zu verlangen und zu den Ermittlungsergebnissen Stellung zu nehmen, s. gem. Art. 77-2 Abs. 1 CPP. Davor steht es im Ermessen des zuständigen Staatsanwalts den „suspect“ über Stand und Dauer des Ermittlungsverfahrens sowie über die Ermittlungsergebnisse zu unterrichten und ihm, beziehungsweise seinem Anwalt die Möglichkeit zu geben, hierzu Stellung zu nehmen.

eee) Verfahrensabtrennung

Es gibt keine gesetzlichen Vorgaben, Rechtsprechung oder Literatur, die sich mit der Frage beschäftigen, ob ein „suspect“ in einem abgetrennten Verfahren als Zeuge gehört werden kann.

Art. 62 Abs. 3 CPP befasst sich zwar mit der Frage wann ein Beschuldigter nicht mehr als Zeuge gehört werden darf. Dieser betrifft aber Fälle in denen sich gegen einen Zeugen in einem laufenden Verfahren Verdachtsmomente bilden. Aus dieser Vorschrift kann auch nicht der

---

<sup>547</sup> Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale (1), JORF, Nr. 129 v. 04.06.2016, Text Nr. 1.

Schluss gezogen werden, dass die Vernehmung eines Beschuldigten als Zeugen in einem gesonderten Verfahren von vorneherein ausgeschlossen ist. Mangels entgegenstehender gesetzlicher Vorschriften ist die Zeugenvernehmung eines „suspect“ in einem abgetrennten Verfahren wohl zulässig. Hierfür spricht auch die Möglichkeit einen „témoin assisté“ als Zeugen in einem abgetrennten Verfahren zu hören.

cc) Unterschiede während einer „information“ und einer „enquête“ - Kritik an dem Gesetz vom 27. Mai 2014

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das französische Strafprozessrecht im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens drei unterschiedliche Beschuldigtenstellungen kennt: den „suspect“, den „témoin assisté“ und die Person „mise en examen“. Dabei sind die Beschuldigtenrechte des „suspect“ am wenigsten stark, die Rechte der Person „mise en examen“ hingegen am stärksten ausgeprägt. Der „témoin assisté“ stellt ein „Hybrid“<sup>548</sup>, eine Zwischenstufe zwischen den beiden anderen Verfahrensstellungen, dar<sup>549</sup>.

Die Schutzvorschriften, die für eine Person „mise en examen“ gelten, bspw. Art. 105 CPP, können nicht analog auf den „suspect“ im Rahmen einer „enquête“ angewendet werden<sup>550</sup>. Dem „suspect“ kommt kein umfassendes Akteneinsichtsrecht<sup>551</sup>, oder das Recht, die Nichtigkeit von Ermittlungsmaßnahmen zu beantragen, zu. Diese Rechte sind den Verfahrensparteien und dem „témoin assisté“ vorbehalten, s. Art. 173 CPP. Zudem wird der „suspect“ nur dann über sein Recht auf einen Anwalt belehrt, wenn der gegen ihn gerichtete Tatvorwurf eine gewisse Schwere erreicht hat. Insgesamt haben der „suspect“ und sein Verteidiger nur punktuelle Rechte auf das Verfahren Einfluss zu nehmen. Ladungsfristen oder Anwesenheitsrechte bezüglich

---

<sup>548</sup> Defferrard, *Le suspect dans le procès pénal*, mare & martin, Paris, 2016, S. 41.

<sup>549</sup> Mit Blick auf die Stellung als „suspect“ und einer Person „mise en examen“ ist die Funktion des „témoin assisté“ schwer zu greifen. Die Behandlung als „témoin assisté“ soll ermöglichen, schnell entscheiden zu können, ob es sich bei einer Person um einen einfachen Zeugen handelt oder ob vielmehr die Einleitung einer „mise en examen“ gerechtfertigt ist, ohne dabei die Grundsätze des Art. 6 Abs. 3 EMRK und den Schutzbereich der Unschuldsvermutung zu verletzen. Mithin spricht man auch von einer „Quasi-Verfahrenspartei“ („quasi-partie“), s. Bulletin officiel du Ministère de la Justice, Nr. 80 v. 20.12.2000 (Présentation des dispositions de la loi du 15 juin 2000), Punkt Nr. 1.1.2.2.

<sup>550</sup> Crim., Urt. v. 20.08.1986, Nr. 86-93.091, Bull. crim. Nr. 247; Crim., Urt. v. 27.07.1964, Nr. 64-90.980, Bull. crim. Nr. 252 - juricaf.

<sup>551</sup> Mit einigen wenigen Ausnahmen, wie z.B. Art. 77-2 Abs. 1 CPP, wonach ein „suspect“ im Rahmen einer „enquête préliminaire“ Akteneinsicht beantragen kann, wenn seit seiner ersten Vernehmung 1 Jahr vergangen ist.

Zeugenvernehmungen bestehen nicht. Das Recht Stellung zu nehmen ist eingeschränkt. Die beschränkten Rechte des „suspect“ stehen hingegen im Einklang mit Art. 6 Abs. 3 EMRK, wie sich aus den Urteilen des EGMR in Bezug auf andere nationale Rechtsordnungen entnehmen lässt<sup>552</sup>.

Die heutige Stellung als „suspect“ kann auf die Reform mit Gesetz vom 27. Mai 2014 zurückgeführt werden. Diese wurde in der Literatur jedoch kritisch aufgenommen<sup>553</sup>, einerseits aufgrund bestimmter Schutzlücken, andererseits aufgrund der nicht gerechtfertigten Unterschiede zu einer „information“.

Der erste Kritikpunkt gilt dem beschränkten Recht auf einen Verteidiger, s. Art. 61-1 Abs. 1 Nr. 5 CPP<sup>554</sup>. Die französische Rechtsordnung entspricht jedoch insoweit den Vorgaben des Art. 2 Abs. 4 b) der Richtlinie 2013/48/EU<sup>555</sup>.

Des Weiteren wurde die Frage gestellt, ob dem „suspect“ aufgrund der Formulierung des Art. 61-1 CPP seine gesetzlichen Schutzrechte entzogen werden können. Es wurde insoweit ausgeführt, dass der Anwendungsbereich des Art. 61-1 CPP erst eröffnet sei, wenn die formale Situation einer „audition libre“ vorliege und das Gesetz die Anfertigung eines Protokolls (sog. „procès-verbal“) vorschreibe. Daraus folgend wird in der Literatur dann eine Gefahr für die Verteidigungsrechte gesehen, wenn eine Person außerhalb der in Art. 61-1 CPP beschriebenen „audition libre“ befragt wird<sup>556</sup>. Wenn das Gesetz nun bei gewissen Maßnahmen eine solche Protokollanfertigung nicht vorsehe, sei der Anwendungsbereich des Art. 61-1 CPP nicht eröffnet, vgl. Art. 61-1 Abs. 2 CPP. Solche Maßnahmen seien beispielsweise im Rahmen einer Durchsuchung oder einer Fahrzeugkontrolle möglich, die eine Protokollanfertigung erst

---

<sup>552</sup> EGMR, Urt. v. 13.09.2016, Nr. 50541/08, 50571/08, 50573/08, 40351/09, Ibrahim u.a. c/Vereinigtes Königreich – hudoc; EGMR, Urt. v. 27.11.2008, Nr. 36391/02, Salduz c/ Türkei – hrr-strafrecht.

<sup>553</sup> Vergès, Le statut juridique du suspect : un premier défi pour la transposition du droit de l’Union européenne en procédure pénale, *Droit pénal*, 2014, *Etudes* 15, S. 1.

<sup>554</sup> Touillier, Le statut du suspect à l’ère de l’eupéanisation de la procédure pénale : entre „petite“ et „grande“ révolutions, *RSC*, 2015, S. 137.

<sup>555</sup> Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22. Oktober 2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzuges, *Amtsbl. Nr. L 294/1 v. 06.11.2013*.

<sup>556</sup> Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, Paris, 2017, S. 597.

nach der Entdeckung einer Straftat vorschreiben, vgl. Art. 78-2-2 Abs. 3 CPP. Die vorherigen Handlungen stellten damit lediglich einfache Erhebungen dar. Die Beschuldigtenrechte hingen damit maßgeblich davon ab, ob sich die Person in einer förmlichen „audition libre“ befindet. Es gilt abzuwarten, ob die französischen Gerichte an dieser formalen Qualifizierung festhalten werden, oder ob nicht jede „Unterhaltung“ mit einer verdächtigen Person als „audition libre“ behandelt wird und der betroffenen Person folglich die entsprechenden Rechte zuerkannt werden.

Allgemein wurden auch die bestehenden Unterschiede zwischen einer „enquête“ und einer „information“ bemängelt. Die Stellung als „suspect“ entspreche hinsichtlich des Verdachtsgrads dem „témoin assisté“<sup>557</sup>. Nichtsdestotrotz unterscheiden sich die Rechte je nach Verfahrensstand erheblich, ohne dass hierfür eine Rechtfertigung vorliege. Dies sei umso bedenklicher, da nur ca. 3-5 % der Verfahren als „information“ betrieben werden, so dass nur wenige verdächtige Personen von den weichen Rechten einer „information“ profitieren.

Daher wird anstatt der punktuellen Veränderungen des gesetzlichen Status quo die Schaffung eines einheitlichen Ermittlungsverfahrens gefordert<sup>558</sup>. Aufgrund der überwiegenden Anwendung der Vorschriften der „enquête“ laufe man Gefahr, dass der verdächtigen Person bei dem Verdacht auf ein Vergehen trotz Vorliegen starker Verdachtsmomente, die Eröffnung einer „information“ und damit die Stellung als „témoin assisté“ oder „personne mise en examen“ vorenthalten würden<sup>559</sup>. Eine solche Reform ist momentan jedoch nicht vorgesehen<sup>560</sup>.

dd) „criminalité organisée“

Die Artt. 706-73 ff. CPP, die zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität die Vorschriften der Artt. 53 ff., 79 ff. CPP abändern können, sehen eine Abweichung hinsichtlich des Rechts

---

<sup>557</sup> s. auch Art. 113-2 Abs. 2 CPP: *“Toute personne mise en cause par un témoin ou contre laquelle il existe des indices rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer comme auteur ou complice, à la commission des infractions dont le juge d'instruction est saisi peut être entendu comme témoin assisté.”*

<sup>558</sup> Desportes/Lazerges-Cousquer, *Traité de Procédure Pénale*, Economica, Paris, 2015, S. 1064.

<sup>559</sup> Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDDH) sur la refondation de l'enquête pénale (Assemblée plénière du 29 avril 2014), JORF, Nr. 108 v. 10.05.2014, Text Nr. 84; Maréchal, *Les droits de la défense durant l'enquête de police, A propos de l'avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme du 29 avril 2014*, La Semaine Juridique, Edition G, LexisNexis, Paris, 2014, aperçu rapide 605.

<sup>560</sup> Desportes/Lazerges-Cousquer, *Traité de Procédure Pénale*, Economica, Paris, 2015, S. 1157.

auf einen Anwalt vor. Demnach kann das Recht auf einen Anwalt im Rahmen einer „garde à vue“ bis zu 72h ausgesetzt werden, wenn dies zur Wahrheitsermittlung oder aus anderen wichtigen Gründen geboten ist, s. Art. 706-88 Abs. 6 CPP in Ausnahme zu den Artt. 63-4, 63-4-2 CPP. Darüber hinaus gibt es keine besonderen Bestimmungen. Art. 116-1 Abs. 7 CPP, der vorsah, dass eine audiovisuelle Speicherung der Vernehmung des Beschuldigten im Falle der organisierten Kriminalität im Ermessen des Untersuchungsrichters liegt, wurde aufgehoben<sup>561</sup>.

### c) Praktische Umsetzungsschwierigkeiten im deutsch-französischen Rechtshilfeverkehr

Die obigen Darstellungen lassen erkennen, dass die deutsche und französische Rechtsordnung die Stellung des Beschuldigten im Laufe eines Ermittlungsverfahrens unterschiedlich ausgestalten. Es wird im Folgenden zu prüfen sein, ob und wenn ja welche praktischen Umsetzungsschwierigkeiten im Rahmen einer EEA, die die Vernehmung eines Beschuldigten anordnet, zu erwarten sind.

#### aa) Vernehmungsformen

Dabei ist zunächst zu prüfen, welche Vernehmungsmethoden im Rahmen eines unionsrechtlichen Rechtshilfeverkehrs in Frage kommen.

Die erste Möglichkeit besteht in der Vernehmung eines Beschuldigten auf dem Gebiet des Vollstreckungsstaates allein durch dessen Behörden (Art. 9 Abs. 1 RL). Es handelt sich um eine „klassische“ Rechtshilfe, da hier die Anordnung dem nationalen Recht des Anordnungsstaates und die Vollstreckung im Prinzip dem nationalen Recht des Vollstreckungsstaates folgt (Grundsatz des „locus regit actum“), so dass zwei Rechtssysteme im Rahmen einer Ermittlungsmaßnahme überlagert Anwendung finden. Der Grundsatz des „locus regit actum“ wurde aber schon mit Art. 4 Abs. 1 des Übereinkommens 2000 aufgelockert und wurde nun auch in Art. 9 Abs. 2 RL vorgesehen, so dass gilt: *„Die Vollstreckungsbehörde hält die von der Anordnungsbehörde ausdrücklich angegebenen Formvorschriften und Verfahren ein, soweit in dieser Richtlinie nichts anderes bestimmt ist und sofern die angegebenen*

---

<sup>561</sup> Cons. const., QPC Nr. 2012-228/229 v. 06.04.2012, JORF v. 07.04.2012, S. 6414, Text Nr. 68.

*Formvorschriften und Verfahren nicht im Widerspruch zu den wesentlichen Rechtsgrundsätzen des Vollstreckungsstaats stehen.*“ Dieses so genannte Prinzip des „forum regit actum“ wurde auch jeweils in die französische und deutsche Rechtsordnung umgesetzt, s. Art. 694-36 CPP sowie § 91h IRG, wobei die nationalen Gesetzgeber hierzu unterschiedliche Mittel gefunden haben.

Der französische Gesetzgeber hat sich für einen Anwendungsvorrang des Rechts des Vollstreckungsstaates entschieden. Art. 694-36 CPP besagt: *„La décision d'enquête est exécutée conformément aux formalités et procédures expressément indiquées par l'autorité d'émission, sauf si la loi en dispose autrement et sous réserve, à peine de nullité, que ces règles ne réduisent pas les droits des parties et les garanties procédurales appliquant les principes fondamentaux prévus à l'article préliminaire du présent code.*“ Der vormals geltende Anwendungsvorrang des französischen Rechts iSv Art. 694-3 CPP, der vormals auf Ersuchen der Mitgliedstaaten Anwendung fand, hat keinen Eingang in das Umsetzungsgesetz gefunden<sup>562</sup>. Durch diese textuelle Änderung bringt der französische Gesetzgeber eine besondere Bindung der französischen Vollstreckungsbehörden an die ausländischen Verfahrens- und Formvorschriften zum Ausdruck, sofern solche angegeben wurden. Eine Schranke bilden lediglich die Rechte der Verfahrensparteien sowie die wesentlichen Grundsätze wie sie in dem Einführungsartikel des CPP statuiert sind.

Der deutsche Gesetzgeber hat einen solchen Anwendungsvorrang nicht geregelt<sup>563</sup>. In § 91h Abs. 1 IRG wird somit die grundsätzliche Anwendbarkeit deutschen Rechts bei der Vollstreckung einer ausländischen EEA (Abs. 1) und erst in Abs. 2 die Bindung an ausländische Verfahrens- und Formvorschriften vorgesehen. So heißt es in § 91h Abs. 1, 2 S. 1 Nr. 1 IRG:

*„Liegen die Voraussetzungen für die Leistung der Rechtshilfe vor, ist das Ersuchen nach § 91d Absatz 1 nach denselben Vorschriften auszuführen, die gelten würden, wenn das Ersuchen von einer deutschen Stelle gestellt worden wäre; dies gilt auch für Zwangsmaßnahmen, die bei der*

---

<sup>562</sup> Massé, L'entraide judiciaire internationale version française (loi n° 2004-204 du 29 mars 2004), RSC, 2005, S. 407, 408.

<sup>563</sup> Gercke/Julius/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, S. 383.

*Erledigung des Ersuchens notwendig werden.*

*Soweit die Richtlinie Europäische Ermittlungsanordnung nicht etwas anderes bestimmt und wesentliche Grundsätze der deutschen Rechtsordnung nicht entgegenstehen,*

*1. sind besondere Formvorschriften oder Verfahrensvorschriften, die in dem Ersuchen nach § 91d Absatz 1 angegeben wurden, einzuhalten (...)“.*

Trotz der unterschiedlichen Ausgestaltung der Umsetzungsgesetze gilt in beiden Ländern eine Bindung an ausländische Form- und Verfahrensvorschriften. Zweck ist, wie weiter unten noch zu sehen sein wird, die Erhebung eines im Anordnungsstaates verwertbaren Beweismittels<sup>564</sup>.

Die Anordnungsbehörde hat die Möglichkeit sich auf das Gebiet des Vollstreckungsstaates zu begeben und der Vernehmung durch die Vollstreckungsbehörde beizuwohnen (Art. 9 Abs. 4 RL), wobei dies jedoch nichts an der Art und Weise der Vollstreckung ändert. Die Teilnahme von deutschen Richtern oder Behörden im Ausland ist möglich, s. Nr. 140 der Richtlinie für den Verkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten (RiVAST<sup>565</sup>). Die Teilnahmemöglichkeit von französischen Untersuchungsrichtern an einer Vernehmung im Ausland ergibt sich aus Art. 93-1 Abs. 1, 2 CPP. Art. 41 Abs. 5 CPP ermächtigt die Staatsanwaltschaft sich für eine Vernehmung ins Ausland zu begeben<sup>566</sup>.

Eine weitere Möglichkeit besteht in der audiovisuellen Beschuldigtenvernehmung (Art. 24 RL). Die audiovisuelle Vernehmung meint eine Vernehmungssituation, die gleichzeitig in Bild und Ton in den Anordnungsstaat übertragen werden soll<sup>567</sup>. Im Rahmen einer Vernehmung per Videokonferenz sehen die Behörden des Vollstreckungsstaates alles technisch Erforderliche vor, um die Vernehmung abhalten zu können und laden die zu vernehmende

---

<sup>564</sup> Das Ziel der Rechthilfe, ein verwertbares Beweismittel zu erlangen, wird so zum Beispiel von dem französischen Kassationsgerichtshof statuiert, s. Crim., Urt. v. 07.06.2017, Nr. 16-87114, inédit - legifrance.

<sup>565</sup>

[http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/RiVaSt/Anhaenge/RiVaSt\\_Textfassung\\_2016.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/RiVaSt/Anhaenge/RiVaSt_Textfassung_2016.pdf?__blob=publicationFile&v=4) (Stand 28.09.2017).

<sup>566</sup> Beauvallet, JurisClasseur Procédure pénale, Entraide pénale internationale, LexisNexis, Paris, 2018, Artt. 694 ff., fasc. 20, Rn 41.

<sup>567</sup> BGH, Beschl. v. 15.03.2007, Az.: 5 Str 53/07 – hrr-strafrecht; Norouzi, Die audiovisuelle Vernehmung von Auslandszeugen, S. 16.



Person.

Das deutsche Umsetzungsgesetz bestimmt in § 91h Abs. 3 S. 1 IRG, dass auf eine solche Vernehmung das Recht des Anordnungsstaates Anwendung findet. Die Vollstreckungsbehörden hingegen haben die Maßnahme vorzubereiten, die Identität des zu Vernehmenden festzustellen und auf die Einhaltung wesentlicher Prinzipien der eigenen nationalen Rechtsordnung zu achten.

Die französische Rechtsordnung sieht dies nicht explizit vor. Weder Art. 694-48 Abs. 1 CPP, der ein Bewilligungshindernis im Rahmen einer beantragten audiovisuellen Vernehmung vorsieht, noch Art. 706-71 CPP sowie das dazugehörige Dekret des „Conseil d’Etat“<sup>568</sup>, die allgemeine Regeln für jegliche Formen audiovisueller Vernehmungen enthalten, besagen nach welchem Recht eine solche Vernehmung abläuft. Jedoch kann man aus dem Sinn und Zweck der Maßnahme, die in der live-Übertragung der Vernehmungssituation in den Anordnungsstaat besteht und mit einer Vernehmung auf dessen Gebiet gleichsetzen kann, schließen, dass eine solche Vernehmung ebenfalls nach dem Recht des Anordnungsstaates ablaufen würde. Der Grundsatz der Anwendung des Rechts des Anordnungsstaates im Falle einer Vernehmung per Videokonferenz ist so auch in Art. 24 Abs. 5c) RL vorgesehen.

Für die Durchführung einer Telefonkonferenz, die im Rahmen einer Vernehmung prinzipiell auch denkbar ist (s. Art. 25 RL), schließt das deutsche Recht eine EEA aus, s. § 91a Abs. 2 Nr. 3 IRG vor. Somit finden die Vorschriften der traditionellen Rechtshilfe gem. §§ 59 ff. IRG Anwendung. In Frankreich ist die Vernehmung per Telefonkonferenz nur mit Zustimmung des Beschuldigten möglich, s. Art. 694-48 Abs. 1 CPP<sup>569</sup>. Die Telefonkonferenz stellt dabei wie die Vernehmung per Videokonferenz eine (akustische) live-Übertragung in den Anordnungsstaat dar, so dass auf die Ausführungen zur Vernehmung per Videokonferenz verwiesen werden kann.

---

<sup>568</sup> Décret n° 2003-455 du 16 mai 2003 modifiant le code de procédure pénale (deuxième partie: Décrets en Conseil d’Etat) et relatif à la protection des témoins et à l’utilisation de moyens de télécommunication, JORF, Nr. 119 v. 23.05.2003, S. 8818, Text Nr. 2.

<sup>569</sup> Zuvor war die Beschuldigtenvernehmung per Telefonkonferenz in Frankreich unzulässig, s. Crim., Urt. v. 04.01.1994, Nr. 93-84.683, Bull. crim. Nr. 2 – *legifrance*.

Die zeitweilige Überstellung einer Person mit dem Zweck der Durchführung einer Beschuldigtenvernehmung im Anordnungsstaat, die ebenfalls im Rahmen einer Rechtshilfe in Frage kommt (s. nur Artt. 22, 23 RL), wird nicht Gegenstand dieser Arbeit sein, da zum einen dessen Anwendungsbereich auf inhaftierte Personen beschränkt ist und zum anderen, nach erfolgreicher Überstellung, die Ermittlungsmaßnahme auf dem Hoheitsgebiet des Anordnungsstaates und nach dessen nationalen Recht vollzogen wird, sodass sich dann keine Konflikte (mehr) zwischen dem deutschen und französischen Strafverfahrensrecht entspinnen können. Probleme bereiten vielmehr der Vollzug der Überstellung. Die mit dem Freiheitsentzug zusammenhängenden Probleme werden im Rahmen dieser Dissertation nicht behandelt werden.

Im Folgenden werden somit die relevanten Vernehmungsmethoden (Vernehmung allein durch die Vollstreckungsbehörden/Vernehmung per Videokonferenz) und die damit möglicherweise einhergehenden Probleme analysiert.

#### bb) Vollstreckung einer deutschen EEA in Frankreich

##### aaa) Anordnungsbehörde

Fraglich ist zunächst, welche deutsche Stelle zuständig für die Ausstellung einer EEA auf Vernehmung eines Beschuldigten in Frankreich ist. Die Vorschrift des § 91j IRG, die sich mit ausgehenden EEA-Ersuchen befasst, enthält keine Zuständigkeitsbestimmung. Mithin ist zu prüfen, ob die allgemeinen Vorschriften des IRG Auskunft geben, die ergänzend zu §§ 91a ff. Anwendung finden, s. §§ 91, 91a Abs. 4 IRG.

Die Vorschrift des § 74 IRG besagt, dass ausländische Rechtshilfeersuchen in Deutschland vollstreckt und Rechtshilfeersuchen an das Ausland gestellt werden können. Diese Möglichkeit wird auch in Nr. 24, 25 RiVAST vorgesehen. Gemäß § 74 Abs. 1 IRG liegt die Verwaltungskompetenz beim Rechtshilfeverkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten bei der Bundesregierung, so dass im Grunde das Bundesministerium der Justiz zuständige Anordnungsbehörde ist. Absatz 2 dieser Vorschrift ermächtigt jedoch die Bundesregierung die Ausübung ihrer Befugnisse im Wege einer Vereinbarung auf die Landesregierungen zu übertragen und diese haben das Recht zur weiteren Übertragung. Der

Bund hat von der Übertragungsbefugnis Gebrauch gemacht und eine Zuständigkeitsvereinbarung mit den Ländern geschlossen (BAnz. Nr. 100 v. 29.05.2004)<sup>570</sup>. Demnach bestimmt sich die Zuständigkeit der Behörden nach dem Landesrecht des jeweils betroffenen Bundeslandes, wobei sich die Länder an den Zuständigkeitsvorschriften der StPO orientieren. Nordrhein-Westfalen benennt beispielsweise für die Ausstellung sonstiger Rechtshilfeersuchen den Generalstaatsanwalt der Generalstaatsanwaltschaft (Nr. 1.2.1.5) sowie die Staatsanwaltschaft (Nr. 1.2.1.7) als zuständige Ausstellungsbehörde. Zudem dürfen auch polizeiliche Behörden, soweit ihre Befugnisse reichen, Ersuchen an das Ausland stellen (Nr. 2.1.2)<sup>571</sup>.

#### bbb) Vollstreckungsbehörde

In Frankreich ergibt sich die zuständige Vollstreckungsbehörde aus Art. 694-30 Abs. 2, 3 CPP. Demnach ist das Ersuchen entweder an den Untersuchungsrichter zu versenden, wenn die zu vollstreckende Maßnahme nur im Rahmen einer „information“, beziehungsweise auch im Rahmen einer „enquête“, aber nur mit Zustimmung eines JLD, angeordnet werden kann (Abs. 2). In allen anderen Fällen ist die Staatsanwaltschaft („Procureur de la République“) zuständig (Abs. 3). Die zuständige Stelle ist dann sowohl für die Bewilligungsprüfung („reconnaissance“) als auch für die Vollstreckung („exécution“) verantwortlich. So heißt es in Art. 694-30 Abs. 1 – 3 CPP:

*„La décision d'enquête européenne destinée aux autorités françaises est adressée, selon les distinctions prévues aux deuxième et troisième alinéas, au procureur de la République ou au juge d'instruction du tribunal de grande instance territorialement compétent pour exécuter la mesure demandée.*

---

<sup>570</sup> Zuständigkeitsvereinbarung – BAnz. Nr. 100 v. 29.05.2000., s.a. Schomburg/Hackner, in S/L/G/H, § 74 Rn 10 ff.; Ambos/König/Rackow, Rechtshilferecht in Strafsachen, S. 111. Einen historischen Überblick der Entwicklung dieser Vorschrift liefert Grotz, in Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 74 Rn 19 ff.

<sup>571</sup> Gemeinsamer Runderlass des Justizministeriums, des Ministeriums für Inneres und Kommunales und des Finanzministeriums über die Ausübung der Befugnisse im Rechtshilfeverkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten, Berichtspflichten und die Zusammenarbeit im Europäischen Justiziellen Netz sowie mit transnationalen Verbindungsstellen (GRdE- RHSt), für das Justizministeriums - 9350 - III. 19 -, für das Ministerium für Inneres und Kommunales - 424 - 57.01.48 - und für das Finanzministerium - S 1320 - 5 - V B 5/ S 770 - 4 - V A 1, v. 16.12.2016, JMBI. NRW v. 17.02.2017, S. 16.

*Lorsque la décision d'enquête porte sur des actes qui ne peuvent être ordonnés ou exécutés qu'au cours d'une instruction préparatoire, ou qui ne peuvent être exécutés au cours d'une enquête qu'avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention, la décision d'enquête est reconnue par le juge d'instruction, et elle est exécutée par ce magistrat ou par des officiers ou agents de police judiciaire agissant sur commission rogatoire de celui-ci.*

*Dans les autres cas, la décision d'enquête est reconnue par le procureur de la République et elle est exécutée par ce magistrat ou par les officiers ou agents de police judiciaire requis par lui à cette fin.*“

Fraglich ist, ob im Rahmen einer Beschuldigtenvernehmung der „juge d’instruction“ (der dann die Vorschriften der „information“ anwendet<sup>572</sup>) oder die Staatsanwaltschaft (die dann die Vorschriften der „enquête“ anwendet<sup>573</sup>) zuständige Vollstreckungsbehörde wäre. Hierzu ist die Zuständigkeitsbestimmung aus Art. 694-30 CPP auszulegen.

Die Zuständigkeitsverteilung aus Art. 694-30 Abs. 2 und 3 CPP zielt darauf ab Maßnahmen, die nach nationalem Recht keiner richterlichen Zustimmung bedürfen (also weder eines „juge d’instruction“ noch eines JLD), von einem Staatsanwalt und damit entsprechend den Vorschriften einer „enquête“ vollstrecken zu lassen. Maßnahmen hingegen die einer richterlichen Zustimmung bedürfen, sollen von einem „juge d’instruction“ erledigt werden. Maßnahmen, die typischerweise einer richterlichen Zustimmung bedürfen, sind zum Beispiel Telekommunikations- oder Wohnraumüberwachungen (s. Art. 100, Artt. 706-95, 706-96, 706-96-1 CPP)<sup>574</sup>, mithin solche, die mit einem starken Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Person verbunden sind. Solche Handlungen sollen nach französischem Verständnis auch im Rechtshilfeverkehr stets einer richterlichen Überprüfung unterliegen. Übertragen auf Art. 694-30 CPP bedeutet dies, dass ein Untersuchungsrichter immer dann für die Vollstreckung einer EEA zuständig sein soll, wenn diese auf besonders grundrechtsintensive Zwangsmaßnahmen abzielt, die Staatsanwaltschaft hingegen, wenn es sich um

---

<sup>572</sup> Crim., Urt. v. 12.03.2014, Nr. 13-87.254, Bull. crim. Nr. 80 – legifrance.

<sup>573</sup> Im Umkehrschluss aus Crim., Urt. v. 12.03.2014, Nr. 13-87.254, Bull. crim. Nr. 80 – legifrance.

<sup>574</sup> Auf die Besonderheiten der Wohnungsdurchsuchung und der damit einhergehenden Zuständigkeitsproblematik iSv Art. 694-30 CPP wird noch in einem gesonderten Punkt näher eingegangen werden.

eingriffsschwache Maßnahmen handelt.

Fraglich ist, ob die Beschuldigtenvernehmung per se als eingriffsschwache Maßnahme charakterisiert werden kann, so dass deren Vollstreckung nach Sinn und Zweck des Art. 694-30 CPP der Staatsanwaltschaft vorbehalten wäre. Dies könnte man im Vergleich zu der Eingriffsintensität einer TKÜ oder Wohnraumüberwachung, beides heimliche Maßnahmen, die über einen längeren Zeitraum vorgenommen werden und in die Privatsphäre des Betroffenen eingreifen, bejahen. Hierfür spricht auch, dass eine verdächtige Person in allen französischen Verfahrensstadien vernommen werden kann (s. Art. 61-1 iVm Art. 77 CPP).

Andererseits könnte dem jedoch die Besonderheit der französischen Rechtsordnung, die eine „Steigerung“ der Verdachtsgrade kennt und damit einhergehend unterschiedliche Beschuldigtenrechte vorsieht, entgegenhalten werden. So genießt insbesondere die Person „mise en examen“ aufgrund des starken Eingriffs in die Unschuldsvermutung eine besondere Verfahrensstellung, s. Artt. 114 ff. CPP.

Ob es aber tatsächlich auf diese Unterscheidung nach französischem Recht ankommen kann, ist unter Zugrundelegung der Besonderheiten der europäischen Rechtshilfe zu beantworten. So besteht deren Besonderheit in dem Aufeinandertreffen zweier unterschiedlicher, nationaler Rechtsordnungen mit divergierenden strafprozessualen Konzepten, die im Rahmen der Vollstreckung einer EEA miteinander koordiniert werden müssen. Dies zeigt sich im deutsch-französischen Rechtsvergleich besonders gut an der Figur des Beschuldigten. Wo die deutsche Rechtsordnung nur einen Beschuldigtenstatus ab dem Bestehen eines (einfachen) Anfangsverdachts kennt, sieht die französische Rechtsordnung im vorgerichtlichen Ermittlungsstadium drei unterschiedliche Statute einer verdächtigen Person vor, den „suspect“, den „témoin assisté“ und die Person „mise en examen“. Eine Assimilierung des Beschuldigten nach deutschem Verständnis mit einem dieser drei Statuten wird nicht möglich sein, da die deutsche Rechtsordnung eine solche Stufung schlichtweg nicht kennt. Mit Blick auf die Vorschrift des Art. 694-30 CPP bedeutet dies, dass die Zuständigkeit abstrakt von der jeweils angeordneten ausländischen Ermittlungsmaßnahme erfolgen muss, ohne dass versucht wird, diese in das französische Strafprozessrecht „umzudeuten“. Im vorliegenden Fall bedeutet dies:

Eine deutsche Anordnung gerichtet auf eine Beschuldigtenvernehmung meint die Vernehmung einer verdächtigen Person, mithin einer Person bezüglich derer die begründete Möglichkeit besteht, dass sie eine Straftat begangen oder daran teilgenommen hat. Eine solche Maßnahme ist im französischen Strafprozessrecht sowohl im Rahmen einer „enquête“ und dies stets ohne Zustimmung eines JLD (Artt. 61-1, 77 CPP), als auch im Rahmen einer „information“ (Artt. 113-4, 114 ff. CPP) möglich. Im Umkehrschluss ergibt sich daraus, dass für die Vernehmung als eingriffsschwache Maßnahme die Staatsanwaltschaft gem. Art. 694-20 Abs. 3 CPP zuständig ist.

Es kommt jedoch der Fall in Betracht, dass ein Mitgliedstaat parallel zu einer Beschuldigtenvernehmung eine Maßnahme anordnet, die in den alleinigen Zuständigkeitsbereich des „juge d’instruction“ gem. Art. 694-30 Abs. 2 CPP fällt (bspw. die gleichzeitige Anordnung einer TKÜ). In diesen Fällen wird eine Zuständigkeitskonzentration bei dem „juge d’instruction“ begründet, der dann auch die Beschuldigtenvernehmung nach den Vorschriften der „information“ vollstreckt<sup>575</sup>. Aus diesem Grund wird im Rahmen dieser Arbeit

---

<sup>575</sup> Die Möglichkeit der Zuständigkeit des Untersuchungsrichters auch für eingriffsschwache Maßnahmen, bspw. die Beschuldigten- oder Zeugenvernehmung, wurde von dem französischen Gesetzgeber (versteckt) vorgesehen. So verweist Art. 694-48 Abs. 2 CPP für die Vollstreckung von Zeugenvernehmungen auf Grundlage einer EEA auf die Strafbarkeitsvorschriften der Artt. 434-13 ff. CP. Demnach macht sich ein Zeuge strafbar, der nicht erscheint, keinen Eid leistet, etc. Das Nichterscheinen oder die Verweigerung des Eides durch einen Zeugen ist jedoch nur im Rahmen einer „information“ strafbar, wie noch näher in dem Abschnitt bezüglich der Zeugenvernehmungen zu sehen sein wird. Wäre für die eingriffsschwache Maßnahme der Zeugenvernehmung jedoch nie ein Untersuchungsrichter im Sinne von Art. 694-30 Abs. 2 CPP zuständig, ginge der Verweis in Art. 694-48 Abs. 2 CPP ins Leere. Dies kann nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein, so dass Fälle denkbar sein müssen, in denen auch der Untersuchungsrichter eingriffsschwache Maßnahmen vollstreckt, so zum Beispiel im Falle einer Zuständigkeitskonzentration.

Früher wurde noch im Umkehrschluss aus Art. 694-1 Abs. 2 CPP aF eine Zuständigkeit des „juge d’instruction“ angenommen, falls er fälschlicherweise angerufen wurde und die Vollstreckung eigentlich in den Kompetenzbereich der Staatsanwaltschaft falle. Da aber nur letztere eine Pflicht der Weiterleitung einer fälschlicherweise an sie gerichteten Ersuchen an den „juge d’instruction“ geregelt war (s. Art. 694-1 Abs.2 CPP aF), galt dies nicht für den „juge d’instruction“, s. Massé, L’entraide judiciaire internationale version française (loi n° 2004-204 du 29 mars 2004), RSC, 2005, S. 410. Die Vorschrift wurde im Rahmen der Umsetzung der RL jedoch geändert. Art. 694-30 Abs. 4 CPP macht keine Unterscheidung mehr. Jeder „magistrat“ (allgemeiner Begriff sowohl für „juge d’instruction“ als auch „procureur“) muss eine fälschlicherweise an sie gerichtete EEA an die zuständige Stelle iSv Art. 694-30 Abs. 2 oder 3 CPP weiterleiten.

diese Konstellation ebenfalls untersucht.

ccc) Einführung und Verwertbarkeit eines im Ausland erhobenen Beweismittels

Bevor auf den praktischen Vollstreckungsablauf einer Beschuldigtenvernehmung eingegangen wird, ist zunächst darzustellen, wie eine ausländische Beschuldigtenvernehmung ihren Eingang in die deutsche Hauptverhandlung findet und wann sie als verwertbar gilt. Diese beiden Parameter stellen eine wesentliche Richtschnur für die Anordnung einer EEA dar.

*(1) Einführung in die Hauptverhandlung*

Wenn deutsche Behörden eine Beschuldigtenvernehmung im Ausland anordnen, gilt es den Inhalt dieser Vernehmung für den Fall, dass der Beschuldigte (dann als „Angeklagter“ bezeichnet, s. § 157 StPO) in der Hauptverhandlung schweigt, zu sichern. Wenn der Angeklagte schweigt, können grundsätzlich die Vernehmungsbeamten gehört oder unter gewissen Voraussetzungen das Vernehmungsprotokoll verlesen bzw. eine Bild-Ton-Aufnahme vorgeführt werden, s. § 254 StPO.

Die Ladung ausländischer Vernehmungsbeamten zu einer inländischen Hauptverhandlung ist mit einigem Aufwand verbunden (Bewilligungserfordernis, Notwendigkeit eines Dolmetschers, etc.), so dass eine EEA das Ziel der Erhebung eines im Inland verwertbaren Vernehmungsprotokolls beziehungsweise einer Bild-Ton-Aufzeichnung verfolgen sollte.

Die Verlesung eines Vernehmungsprotokolls unterliegt jedoch gesetzlichen Schranken. § 254 Abs. 1, 2 StPO erlaubt die Verlesung der Erklärungen eines Angeklagten unter zwei Voraussetzungen. Die Erklärungen müssen in einem richterlichen Protokoll enthalten sein und dürfen nur zum Zwecke der Beweisaufnahme über ein Geständnis oder wenn ein in der Vernehmung auftretender Widerspruch mit der früheren Aussage nicht auf andere Weise behoben werden kann verlesen werden. Mithin muss die EEA auf den Erhalt eines richterlichen

Vernehmungsprotokolls gerichtet sein. Laut deutscher Rechtsprechung darf ein staatsanwaltliches oder polizeiliches Vernehmungsprotokoll nicht verlesen werden<sup>576</sup>.

Fraglich ist, ob ein von französischen Behörden angefertigtes Vernehmungsprotokoll gem. § 254 StPO verlesen werden kann. Als Vernehmungspersonen kommen wie oben gesehen sowohl die Staatsanwaltschaft als auch der „juge d’instruction“ beziehungsweise jeweils deren polizeiliche Hilfsbeamte in Betracht, s. Art. 694-30 Abs. 2, 3 CPP. Das Gesetz bietet hierzu keine Antwort. Doch konnte der BGH schon mehrfach zu der Frage, ob ein im Ausland gefertigtes Vernehmungsprotokoll gleich einem richterlichen Protokoll nach deutschem Verständnis verlesen werden darf, Stellung nehmen<sup>577</sup>. Im Folgenden werden die wesentlichen Entscheidungen hierzu kurz zusammengefasst.

In diesen Entscheidungen stellt der BGH zunächst fest, dass deutsche Strafbehörden nicht erwarten können, dass bei der Ausführung eines Rechtshilfeersuchens die nationalen Zuständigkeitsregeln Anwendung finden<sup>578</sup>. Sodann nennt es Kriterien, die eine im Ausland durchgeführte (Zeugen- oder Beschuldigten<sup>579</sup>) Vernehmung erfüllen muss, um einer inländischen, richterlichen Vernehmung gleichgestellt werden zu können, wobei der Argumentationsaufwand jeweils unterschiedlich ausfällt.

---

<sup>576</sup> Zwar kann ein nicht richterliches Protokoll auch im Wege des Vorhalts Eingang in die Hauptverhandlung finden, jedoch wird dann die Reaktion des Angeklagten dem Urteilsspruch zugrunde gelegt und nicht der Inhalt des Protokolls selbst, Meyer-Goßner, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 254 Rn 6; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 135.

<sup>577</sup> BGH, Urt. v. 10.08.1994, Az.: 3 StR 53/94, NJW 1994, 3364; BGH, Beschl. v. 02.01.1990, Az.: 1 StR 642/89 - jurion; BGH, Beschl. v. 10.04.1981, Az.: 3 StR 236/80, StV 1981, 393; BGH, Urt. v. 09.12.1975, Az.: 2 StR 480/73 – jurion; BGH, Urt. v. 28.10.1954, Az.: 3 StR 466/54, BGHSt 7, 15.

<sup>578</sup> Dies gilt wohl heute auch im deutsch-französischen Rechtsverkehr noch so. Zwar sieht Art. 694-36 CPP eine starke Bindung für ausländische Verfahrens- und Formvorschriften vor. Der Wortlaut macht aber deutlich, dass davon inländische Zuständigkeitsregelungen hingegen nicht erfasst werden. Die deutsche Vollstreckungsbehörde kann die Vernehmung durch einen Richter lediglich anregen; ob dies im Rahmen der Vollstreckung möglich ist, richtet sich aber nach den französischen Zuständigkeitsvorschriften, s.a. Art. 694-30 CPP.

<sup>579</sup> Es handelt sich bei den folgenden Urteilen zwar überwiegend um Zeugenvernehmungen. Es entsteht jedoch das gleiche Problem der Verlesung des Vernehmungsprotokolls, da gewisse Protokolle über Zeugenaussagen auch nur dann verlesen werden können, wenn die Vernehmung durch einen Richter durchgeführt wurde (§§ 251 Abs. 2, 252 StPO, dazu weiter unten): BGH, Urt. v. 10.08.1994, Az.: 3 StR 53/94, NJW 1994, 3364; BGH, Beschl. v. 02.01.1990, Az.: 1 StR 642/89 - jurion; BGH, Beschl. v. 10.04.1981, Az.: 3 StR 236/80, StV 1981, 393; BGH, Urt. v. 09.12.1975, Az.: 2 StR 480/73 – jurion; BGH, Urt. v. 28.10.1954, Az.: 3 StR 466/54, BGHSt 7, 15.



So wurde die Zeugenvernehmung durch einen Schweizer Kriminalkommissär auf Anordnung der Staatsanwaltschaft einem richterlichen Vernehmungsprotokoll gleichgestellt, da die Aussage nach Schweizer Recht eine vergleichbare Beweisqualität wie die Aussage vor einem Richter hatte<sup>580</sup>. Des Weiteren war entscheidend, dass ein Hinweis auf die Pflicht zur wahrheitsgemäßen Aussage, sowie das Zeugnisverweigerungsrecht und die Folgen einer falschen Aussage erteilt wurde. Zudem wurde die Vernehmung nach den gleichen Vorschriften, die für eine richterliche Zeugenvernehmung gelten, vorgenommen. Hinzu kam, dass der zuständige Staatsanwalt ein, dem Eid ähnelndes, „Handgelübde“ abnehmen durfte.

Der Verlesung einer Zeugenvernehmung durch einen vom Generalkonsulat in New York benannten „commissioner“ stimmte der BGH mit dem Argument zu, dass die Anwendung des Rechts des Staates von New York die wesentlichen Rechte des Angeklagten während einer Zeugenvernehmung (so das Fragerecht) gewahrt hatte<sup>581</sup>.

Die Verlesung eines vor dem Bezirksanwalt in Zürich abgegebenen Geständnisses in der Hauptverhandlung wurde ebenfalls für zulässig gehalten<sup>582</sup>. In diesen Entscheidungen wurde darauf abgestellt, dass der Schweizer Bezirksanwalt eine dem deutschen Ermittlungsrichter vergleichbare Rolle innehatte. Der Vernommene sei zudem über seine prozessualen Rechte und Pflichten belehrt worden.

Die Vernehmung eines Beschuldigten durch einen Amtstatthalter des Kantons Luzern wurde ebenfalls einem richterlichen Protokoll iSv § 254 StPO gleichgestellt<sup>583</sup>. Das Gericht setzte

---

<sup>580</sup> BGH, Urt. v. 28.10.1954, Az.: 3 StR 466/54, BGHSt 7, 15.

<sup>581</sup> BGH, Beschl. v. 10.04.1981, Az.: 3 StR 236/80, StV 1981, 393.

<sup>582</sup> BGH, Beschl. v. 02.01.1990, Az.: 1 StR 642/89; BGH, Urt. v. 09.12.1975, Az.: 2 StR 480/73 - jurion.

<sup>583</sup> BGH, Urt. v. 10.08.1994, Az.: 3 StR 53/94, NJW 1994, 3364. In diesem Urteil wurde auch festgestellt, dass die fehlende Belehrung des Beschuldigten gem. § 136 Abs. 1 StPO keine Unverwertbarkeit nach sich zieht. Dies kann auf den Umstand zurückgeführt werden, dass die fehlende Belehrung damals auch in einem nationalen Verfahren kein Verwertungsverbot nach sich zog. Eine im Ausland nicht vorgesehene Belehrung widersprach damit nicht wesentlichen Verfahrensgrundsätzen der deutschen Rechtsordnung und konnte mithin verwertet werden. Angesichts der seither geänderten deutschen Rechtsprechung, sprechen gute Gründe dafür, dass eine im Ausland erfolgte Aussage ohne Belehrung in einem nationalen Verfahren nicht verwertet werden dürfte.

voraus, dass die im Ausland erhobene Vernehmung eine ähnliche Beweisfunktion wie die Vernehmung durch einen deutschen Richter erfülle und dass die Anhörung grundlegenden rechtsstaatlichen Anforderungen genüge. Dies wurde aus mehreren Gründen bejaht. Zum einen sei der Amtstatthalter Teil der Untersuchungsbehörde, ihm obliege die Leitung verschiedener Untersuchungen und auch die Entscheidung bezüglich des Abschlusses des Verfahrens. Die Tatsache, dass der Amtstatthalter den Weisungen der Staatsanwaltschaft unterliege, ändere nichts an der Beweisfunktion der Vernehmung. So heißt es in dem Urteil: *„Daß der Amtstatthalter der unmittelbaren Aufsicht durch den Staatsanwalt unterliegt, seine Weisungen zu befolgen hat und ihm gegenüber berichtspflichtig ist (§§ 153, 154 StPO Luzern), mithin in seiner Stellung nicht sachlich unabhängig ist wie ein deutscher Richter, ist für die Frage der Verlesbarkeit der Niederschriften über die Angeschuldigtenvernehmungen nicht entscheidend (vgl. BGHR StPO § 254 I Vernehmung, richterliche 3 für den Bezirksanwalt in Zürich). Maßgeblich ist vielmehr, daß die schriftlich festgehaltenen Untersuchungsergebnisse des Amtstatthalters wegen des den Strafprozeß in den Kantonen der Schweiz weithin prägenden Prinzips der beschränkten Mündlichkeit und der Mittelbarkeit der Beweisaufnahme (vgl. Hauser, Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozeßrechts 2. Aufl. S. 140) eine wesentliche Beweisgrundlage für das weitere gerichtliche Verfahren darstellen, auch wenn eine Vervollständigung durch Erhebung neuer Beweise oder die Wiederholung bereits erhobener Beweise zulässig und unter Umständen geboten ist (§ 175 StPO Luzern). Diese herausgehobene Beweisbedeutung, die der Niederschrift über eine Vernehmung durch den Amtstatthalter nach dem System des Luzerner Strafverfahrensrechts zukommt, rechtfertigt die Gleichstellung mit einem deutschen richterlichen Vernehmungsprotokoll auch im Rahmen des § 254 Abs. 1 StPO.“*

Zu guter Letzt ist darauf hinzuweisen, dass in einigen Urteilen des BGH die Problematik der Verlesung eines ausländischen Vernehmungsprotokolls gem. § 254 StPO überhaupt nicht

thematisiert wird, obwohl die Vernehmung durch eine tschechische Staatsanwältin<sup>584</sup> und einen griechischen Vertreter der Staatsanwaltschaft<sup>585</sup> durchgeführt wurden.

Die Zusammenschau der Urteile macht aber deutlich, dass eine ausländische Vernehmung immer dann verlesen werden kann, wenn ihr eine, einer richterlichen Vernehmung nach deutschem Recht vergleichbare, Beweisfunktion zukommt<sup>586</sup>. Dies ist der Fall, wenn einerseits das Vernehmungsorgan bestimmten Anforderungen genügt. Dieses muss unabhängig sein und eine tragende Rolle im Rahmen des Untersuchungsverfahrens spielen. Andererseits ist für die Art und Weise der Vernehmung entscheidend, dass die wesentlichen Schutzmechanismen, die das deutsche Recht vorschreibt, eingehalten werden und der Vernehmung in dem ausländischen Verfahren eine besondere Beweisqualität zukommt.

Anhand dieser Kriterien gilt es nun zu prüfen, ob ein in Frankreich angefertigtes Vernehmungsprotokoll einem richterlichen Protokoll iSv § 254 StPO gleichgestellt werden kann.

Zu prüfen ist zunächst, ob der „juge d’instruction“ als Vernehmungsorgan den Anforderungen des BGH gerecht wird. Dafür spricht, dass er eine Richterfunktion innehat (vgl. Artt. 79 ff. CPP) und dadurch ein von der Exekutive unabhängiges Organ unabhängig ist<sup>587</sup>. Nach Anrufung durch die Staatsanwaltschaft übernimmt er selbstständig die Verfahrensleitung, ordnet Ermittlungsmaßnahmen an und entscheidet über den Abschluss des Verfahrens (vgl. Art. 80 CPP). Des Weiteren hat er im Rahmen einer Beschuldigtenvernehmung besondere Vorschriften einzuhalten. Ein Beschuldigter ist unter anderem über sein Recht zu schweigen zu belehren (Art. 114, Artt. 113-4, 113-5 CPP). Zudem

---

<sup>584</sup> BGH, Urt. v. 18.05.2000, Az.: 4 StR 467/99, BGHSt 46, 73, wobei hier noch die alte Rechtsordnung angewandt wurde, wonach richterliche Vernehmung gem. § 251 Abs. 1 StPO aF verlesen werden durften.

<sup>585</sup> BGH, Urt. v. 23.01.1985, Az.: 1 StR 722/84 – jurion, wobei hier noch die alte Rechtslage angewendet wurde, wonach richterliche Vernehmung gem. § 251 Abs. 1 StPO aF verlesen werden durften.

<sup>586</sup> Ahlbrecht in Ahlbrecht/Böhm/Esser/Eckelmanns, S. 514.

<sup>587</sup> Van Ruymbeken, *Le juge d’instruction*, PUF, Paris, 2016, S. 6; Pradel, *Un problème français: que faire du juge d’instruction?* in Müller-Dietz/Müller/Kunz/Radtke/Britz/Momsen/Koriath, FS für Heike Jung, Nomos, Baden-Baden, 2007, S. 733, 734.

käme einem solchen Vernehmungsprotokoll auch in einem französischen Verfahren, das ein beschränktes Mündlichkeitsprinzip in der Hauptverhandlung vorsieht (Art. 427 ff. CPP), eine besondere Beweisqualität zu. Im Ergebnis könnte das Vernehmungsprotokoll gem. § 254 StPO verlesen werden.

Fraglich ist, ob eine Verlesung auch dann erlaubt wäre, wenn der „juge d’instruction“ seine Befugnisse an einen OPJ abgegeben hat, s. Artt. 152, 694-30 Abs. 2 CPP. Dem könnte entgegenstehen, dass der OPJ von den Weisungen des „juge d’instruction“ abhängt und ihm damit keine unabhängige Ermittlungsfunktion zukommt. Dem kann aber zum einen entgegengehalten werden, dass der „juge d’instruction“ dem OPJ eine Generalermächtigung zur Vornahme von Ermittlungsmaßnahmen erteilen kann, so dass dieser in Folge unabhängig die Untersuchungen durchführt und Ermittlungsmaßnahmen selbstständig anordnet. Zum anderen wendet der OPJ die gleichen Vorschriften wie ein „juge d’instruction“ an, s. Art. 152 Abs. 1, 2 CPP. Die so erstellten Protokolle werden mithin im Rahmen eines französischen Verfahrens gleich einem richterlichen Vernehmungsprotokoll behandelt, s. Artt. 152, 429 CPP. Somit sprechen gute Gründe dafür, dass polizeiliche Vernehmungsprotokolle ebenfalls einem richterlichen Protokoll iSv § 254 StPO gleichgestellt werden.

Wenn ein französischer Staatsanwalt gem. Art. 694-30 Abs. 3 CPP für die Vernehmung zuständig ist, spricht ebenfalls für eine Verlesbarkeit, dass er in seiner Verfahrensleitung unabhängig ist (s. Artt. 40, 40-1, 41 CPP). Er ordnet Ermittlungsmaßnahmen an und beschließt über den Abschluss der Untersuchungen (s. Artt. 31, 41-2, 79 CPP). Dagegen spricht jedoch, dass die Staatsanwaltschaft dem Justizministerium („Garde des Sceaux“) untersteht und weisungsabhängig ist<sup>588</sup>. Fraglich ist, ob die Art und Weise der Vernehmungsdurchführung besonders reglementiert ist. Dies kann im Rahmen von Beschuldigtenvernehmungen bejaht werden, denn der Beschuldigte ist gem. Artt. 61-1, 62 Abs. 3 CPP besonders zu belehren. Zudem kommt diesem Vernehmungsprotokoll aufgrund des beschränkten

---

<sup>588</sup> Van Ruymbeken, *Le juge d’instruction*, PUF, Paris, 2016, S. 7.

Mündlichkeitsprinzips der französischen Hauptverhandlung ebenso eine besondere Beweisqualität zu. Trotz der Weisungsabhängigkeit sprechen demnach gute Gründe für eine Verlesung gem. § 254 StPO.

Zu prüfen ist, ob dies auch für eine Beschuldigtenvernehmung durch einen OPJ gilt, wenn die Staatsanwaltschaft die Vernehmung auf diesen übertragen hat (s. Art. 694-30 Abs. 3 CPP). Dem könnte wiederum entgegenstehen, dass ein OPJ den staatsanwaltlichen Anweisungen untersteht und damit nicht unabhängig ist (s. Artt. 12, 13 CPP). Jedoch sieht Art. 17 CPP vor, dass die Polizeibeamten ihre Befugnisse, Straftaten aufzuklären und deren Täter zu identifizieren (Art. 14 CPP) selbstständig durchführen können. Sie entscheiden insoweit auch über die erforderlichen Maßnahmen und übernehmen praktisch die Leitung des Verfahrens. Es bestehen zudem nur punktuelle Informationspflichten gegenüber der Staatsanwaltschaft, s. z.B. Art. 40 Abs. 2 CPP. Es gelten auch die gleichen Verfahrensvorschriften aus Artt. 61-1, 62 Abs. 3 CPP. Mithin wird ein deutsches Gericht ein solches Vernehmungsprotokoll wohl ebenfalls gem. § 254 StPO verlesen.

## *(2) Verwertbarkeit*

Nachdem die Einführung eines ausländischen Vernehmungsprotokolls in die Hauptverhandlung grundsätzlich geklärt wurde, ist zu prüfen, welchen Verwertbarkeitsanforderungen entsprochen werden muss. Zur Erläuterung seien hier zunächst die Verwertbarkeitsregeln in Kürze darzustellen. Ein Beweismittel kann in einem deutschen Verfahren als unverwertbar gelten, so dass es dem Straf- und Schuldausspruch nicht zugrunde gelegt werden darf<sup>589</sup>. Die Unverwertbarkeit kann aufgrund einer fehlerhaften Erhebung eines Beweismittels (sog. unselbstständiges Beweisverwertungsverbot) oder trotz ordnungsgemäßer Beweiserhebung (sog. selbstständiges Beweisverwertungsverbot) bejaht werden<sup>590</sup>. Die Unverwertbarkeit kann sich entweder aus dem Gesetz (bspw. § 136a Abs. 3 S. 2 StPO, das ein unselbstständiges Beweisverwertungsverbot statuiert) oder aus den Grundsätzen der Rechtsprechung ergeben (z.B. selbstständiges Beweisverwertungsverbot für ein mittels

---

<sup>589</sup> S. ausführlich Meyer-Goßner, in Meyer-Goßner/Schmitt, Einl Rn 55 ff.

<sup>590</sup> Engländer, Examens-Repetitorium Strafprozessrecht, S. 88 ff.; Beulke, Strafprozessrecht, S. 179.

akustischer Überwachung in einem Kfz aufgezeichnetes Selbstgespräch aufgrund Verletzung des absolut geschützten Kernbereichs der Persönlichkeit, s. Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 GG<sup>591</sup>).

In Fällen der Rechtshilfe mit dem Ausland sieht das Gesetz keine besonderen Regelungen in Bezug auf die Unverwertbarkeit von Beweismitteln vor. Die Besonderheit ergibt sich hier aus der Tatsache, dass ein Beweismittel im Ausland grundsätzlich nach den Regeln des ausländischen Vollstreckungsstaates erhoben wurde<sup>592</sup>. Der BGH hat dennoch einige Grundsätze für die Verwertbarkeit eines im Ausland erhobenen Beweismittels erarbeitet, die in Folge in Kürze nachgezeichnet werden sollen<sup>593</sup>.

Das Gericht stellt zunächst fest, dass sich die Verwertbarkeit eines ausländischen Beweismittels nach deutschem Recht beurteilt, da dessen Einführung in das Strafverfahren auf einem deutschen Hoheitsakt beruht<sup>594</sup>. Ob ein Beweismittel verwertbar ist, bestimmt sich danach, ob das Beweismittel rechtsfehlerfrei erhoben wurde<sup>595</sup>. Die Frage, ob ein Beweismittel erhoben werden durfte, bestimmt sich dabei im europäischen Rechtshilfeverkehr nach dem Recht des Anordnungsstaates. Die Art und Weise der Erhebung des Beweismittels (das „Wie“) hingegen bestimmt sich im Prinzip nach dem Recht des Vollstreckungsstaates („locus regit actum“)<sup>596</sup>.

Die deutsche Rechtsprechung ging zunächst streng von dem Grundsatz des „locus regit actum“ aus, so dass sich die Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung nach ausländischem Recht richtete<sup>597</sup>. Die Anwendung der „lex fori“, mithin dem Recht des

---

<sup>591</sup> BGH, Urt. v. 22.12.2011, Az.: 2 StR 509/10 – hrr-straftrecht.

<sup>592</sup> Ambos, Beweisverwertungsverbote, S. 81.

<sup>593</sup> Die Frage des anwendbaren Rechts zur Beurteilung der Verwertbarkeit eines im Ausland erhobenen Beweismittels ist in der Literatur umstritten. Die vorliegende Arbeit wird diese Streitfrage nicht näher untersuchen können und den, in der Rechtsprechung entwickelten Verwertungsgrundsätzen, folgen. Hinsichtlich der kritischen Literaturmeinungen sei insoweit nur auf die Nachweise in Löffelmann, Die normativen Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafverfahren, S. 225, 226 zu verweisen.

<sup>594</sup> Böse, ZStW, 2002, S. 148 ff.

<sup>595</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 172, 173.

<sup>596</sup> Ambos, Beweisverwertungsverbote, S. 81 ff.

<sup>597</sup> BGH, Urt. v. 15.09.1999, Az.: 1 StR 286/99, wistra 2000, 390 ff; BGH, Urt. v. 19.03.1996, Az.: 1 StR 497/95, BGHSt 42, 86, wobei zu bemerken ist, dass beide Entscheidungen vor dem Übereinkommen 2000, das in seinem Art. 4 vorsah, dass Verfahrens- und Formvorschriften des ersuchenden Staates von dem ersuchten Staat bei der Vollstreckung grundsätzlich einzuhalten sind, und dessen Umsetzung in die deutsche Rechtsordnung gefällt wurden; Ahlbrecht in Ahlbrecht/Böhm/Esser/Eckelmanns, Internationales Strafrecht, S. 514.

ersuchenden Staates, wurde als dem Rechtshilfeverkehr „*immanent*“ angesehen<sup>598</sup>. Dieser Grundsatz wurde aber mit Art. 4 Abs. 1 Übereinkommen 2000 aufgelockert<sup>599</sup>. Entgegen der noch in der Entscheidung des BGH aus dem Jahre 2000<sup>600</sup> formulierten Ansicht, dass bei Vollstreckungen von Maßnahmen im Ausland „*nicht erwartet werden kann, dass bei der Erledigung von Rechtshilfeersuchen deutsches Prozessrecht angewandt wird*“, gilt seit dem Übereinkommen vielmehr, dass der Anordnungsstaat mit der Vorgabe von Verfahrens- und Formvorschriften auf das ausländische Verfahren Einfluss nehmen kann<sup>601</sup>.

Somit gilt nunmehr für die Fälle, in denen die Beweiserhebung maßgeblich nach dem Recht des Anordnungsstaates abgelaufen ist, dass sich deren Rechtmäßigkeit auch nach diesem Recht bemisst. Werden die vorgegebenen Verfahrens- und Formvorschriften verletzt, so führt dies immer dann zu einer Unverwertbarkeit in Deutschland, wenn das nationale Recht dies vorschreibt. Die rechtliche Überprüfung der Vollstreckung im Ausland obliegt dann ebenfalls den Gerichten des Anordnungsstaates, da dessen nationale Vorschriften angewendet wurden<sup>602</sup>.

Die Rechtsprechung geht noch einen Schritt weiter und bejaht eine Unverwertbarkeit selbst dann, wenn die Maßnahme nach dem Recht des Vollstreckungsstaates abgelaufen ist, wenn die deutsche Behörde es unterlassen hat über die wesentlichen nationalen Verfahrensvorschriften zu informieren<sup>603</sup>. Mithin trifft die deutschen Behörden die Pflicht nationale

---

<sup>598</sup> BGH, Beschl. v. 10.04.1981, Az.: 3 StR 236/80, StV 1981, 393; s. auch BGH, GA 1976, 218, 219; Löffelmann, Die normativen Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafverfahren, S. 225, 226; Böse, ZStW, 2002, S. 148.

<sup>599</sup> So auch in Art. 9 Abs. 2 RL. Der französische Gesetzgeber ging mit der Neufassung des Art. 694-3 CPP, der im unionsrechtlichen Rechtshilfeverkehr durch Art. 694-36 CPP abgelöst wurde, noch weiter, da die Anwendung französischen Rechts bei der Vollstreckung einer Maßnahme nicht mehr die Regel darstellt.

<sup>600</sup> BGH, Urt. v. 15.09.1999, Az.: 1 StR 286/99, wistra 2000, 390 f.; Sommer, StraFo, 2003, S. 352.

<sup>601</sup> S.a. Böse: „Die Anwendung des ausländischen Verfahrensrechts auf die Beweiserhebung lässt die Beweisverwertung im inländischen Strafverfahren in weiten Teilen unberührt.“, ZStW, 2002, S. 148.

<sup>602</sup> S.a. Crim., Urt. v. 30.10.1995, Nr. 94-83.842, Bull. crim. Nr. 332, JurisClasseur Procédure pénale, 1995, Fasc. 20, Nr. 37: der französische Kassationsgerichtshof verneint die Zuständigkeit französischer Gerichte zur Prüfung von Rechtsbehelfen gegen Ermittlungsmaßnahmen, die nach dem Recht des ersuchenden Staates abgelaufen sind. Das Urteil des französischen Kassationsgerichtshofs vom 16. Februar 2010 statuierte zwar ein Rechtsmittelrecht in Frankreich, gestützt auf Art. 694-3 Abs. 1 CPP, demnach die Vollstreckung eines Ersuchens im Prinzip nach dem Recht des Vollstreckungsstaates abläuft (Crim., Urt. v. 16.02.2010, Nr. 09-88.273, Bull. crim. Nr. 2010, Nr. 29, JurisClasseur Procédure pénale, 2010, Fasc. 20, Nr. 38, 39). Dieser Anwendungsvorrang des französischen Rechts wird in Art. 694-36 CPP aber nicht mehr vorgesehen, so dass die Vollstreckung einer Maßnahme auf Grundlage eines ausländischen Ersuchens nunmehr grundsätzlich nach dem Recht des Anordnungsstaates abläuft und folglich nur dort angefochten werden kann.

<sup>603</sup> Ambos, Beweisverwertungsverbote, S. 83; Gleß, JR, 2008, S. 320.

Verfahrensvorschriften, die für die Verwertbarkeit entscheidend sind, anzugeben. Wird diese Informationspflicht unterlassen oder halten sich ausländische Behörden ohne Grund nicht an die nationalen Vorgaben, führt dies laut BGH zur Unverwertbarkeit des Beweismittels<sup>604</sup>. Die Unverwertbarkeit des Beweismittels im Falle eines Unterlassens durch die ausländischen Behörden ergibt sich dabei aus einer Verletzung der internationalen Übereinkommen (Art. 4 Übereinkommen 2000 / Art. 9 Abs. 2 RL 2014/41/EU)<sup>605</sup>, die auch individualschützenden Charakter haben<sup>606</sup>. Eine Ausnahme kann dann gelten, wenn ein Staat bei Unterzeichnung eines Übereinkommens einen Vorbehalt erklärt<sup>607</sup>.

Es ist zu erwarten, dass diese Grundsätze, die von der Rechtsprechung vor Erlass der RL entwickelt wurden, weiterhin Geltung beanspruchen werden. Aufgrund der verstärkten Kooperationspflicht gemäß dem Grundsatz gegenseitiger Anerkennung und der Bindung an die Verfahrens- und Formvorschriften iSd „forum regit actum“ ist sogar zu erwarten, dass die Rechtsprechung noch strengere Anforderungen an die Verwertbarkeit eines ausländischen Beweismittels stellen wird und sich der nationalen Beweisverwertungsmethodik annähert<sup>608</sup>.

---

<sup>604</sup> BGH, Beschl. v. 15.03.2007, Az.: 5 StR 53/07 – hrr-strafrecht (richterliche Vernehmung eines Zeugen in Frankreich ohne dass der Verteidiger des Beschuldigten hiervon Kenntnis hatte); BGH, Urte. v. 03.11.1987, Az.: 5 StR 579/87, BGHSt 35, 82 ff. (wenn an einer Zeugenvernehmung nach deutschem Recht Verfahrensbeteiligte teilnehmen können, so hat der deutsche Richter darauf hinzuwirken, dass die Verfahrensbeteiligten zu einer Zeugenvernehmung im Ausland rechtzeitig geladen werden. Wenn die Verfahrensbeteiligten nicht geladen werden, ist das unter Verletzung der Beteiligtenrechte entstandene Vernehmungsprotokoll unverwertbar und kann nicht verlesen werden. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn auch nach deutschem Recht keine Ladung erfolgen musste, nämlich wegen der Gefährdung des Untersuchungserfolgs, s. § 224 StPO aF. Im vorliegenden Falle war das Protokoll unverwertbar, denn die Ladung des Verteidigers zu der Vernehmung hätte den Untersuchungserfolg nicht gefährdet, die dazu erfolgten Ausführungen des niederländischen Richters waren ermessensfehlerhaft). S. a. BGH, 24.07.1996, Az.: 3 StR 609/95, NStZ, 1996, 609 (Verletzung Vereidigungsverbot gem. § 60 Nr. 2 StPO obwohl bei der Vernehmung in der Schweiz deutsche Behörden anwesend waren); BGH, Urte. v. 04.03.1992, Az.: 3 StR 460/91, BGH, NStZ 1992, 394 (Vernehmung eines Zeugen in Italien ohne Belehrung über ein Zeugnisverweigerungsrecht, obwohl deutsche Behörden an der Vernehmung teilgenommen haben). Diese Sorgfaltspflicht der deutschen Anordnungsbehörden gilt insbesondere, wenn das ausländische Recht die Verfahrensvorschrift nicht kennt, s. Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, S. 268.

<sup>605</sup> Schuster, ZIS, 2016, S. 566, 567.

<sup>606</sup> BVerfG, Urte. v. 20.02.2001, Az.: 2 BvR 1444/00, BVerfGE 103, 142; BVerfG, Urte. v. 27.05.1997, Az.: 2 BvR 1992/92, BVerfGE 96, 44; BGH, Beschl. v. 09.02.2012, Az.: 1 StR 148/11, BGHSt 57, 138; BGH, Urte. v. 08.04.1987, Az.: 3 StR 11/87, BGHSt 34, 334.

<sup>607</sup> S. im Fall Griechenlands hinsichtlich Art. 4 des Übereinkommens 2000, BGH, Urte. v. 23.01.1985, Az.: 1 StR 722/84 – jurion.

<sup>608</sup> Ahlbrecht, in Ahlbrecht/Böhm/Esser/Eckelmanns, Internationales Strafrecht, S. 209



Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen gilt dann, wenn das Verfahren ordnungsgemäß nach ausländischem Recht abgelaufen ist (z.B., wenn die Ermittlungsmaßnahme im Ausland durchgeführt wurde, bevor ein Ermittlungsverfahren in Deutschland überhaupt eröffnet war). In diesen Fällen ist das Beweismittel, wenn die Verfahrensvorschriften des Vollstreckungsstaates korrekt angewendet wurden, so auch in Deutschland verwertbar<sup>609</sup>, außer die ausländische Beweiserhebung verstößt gegen wesentliche deutsche Strafprozessgrundsätze<sup>610</sup>, s.a. Nr. 26 RiVAST (teilweise nahm der BGH auch eine Abwägung zwischen den widerstreitenden Interessen vor oder zog einen allgemeinen ordre public – Vorbehalt, gestützt auf § 73 IRG, heran<sup>611</sup>). Falls ausländische Vorschriften verletzt wurden, ist das Beweismittel in Deutschland nur dann unverwertbar, wenn vergleichbare Vorschriften auch im deutschen Verfahren existieren und deren Verletzung zu einer Unverwertbarkeit des Beweismittels führen würde<sup>612</sup> (z.B. ein nach französischem Standard nichtiges Vernehmungsprotokoll ist in Deutschland verwertbar, da die deutsche Rechtsordnung keine den Artt. 106, 107, 121 CPP vergleichbaren Formalitätspflichten kennt. Der BGH fordert lediglich, dass das Protokoll unterzeichnet sein muss, da dem Protokoll sonst keine Beweiskraft iSv § 274 StPO zukommt<sup>613</sup>). Dem Vorgehen der Rechtsprechung könnte entgegengehalten werden, dass diese Unterscheidung zu einer willkürlichen Ungleichbehandlung des Beschuldigten führt, da die Verwertbarkeit eines Vernehmungsprotokolls davon abhängig ist, ob die verletzten ausländischen Vorschriften ein Pendant in der deutschen Rechtsordnung kennen. Dies wird aber von der Rechtsprechung und Teilen der Literatur verneint, da der

---

<sup>609</sup> Schuster, StV, 2015, S. 3967; Ahlbrecht, StV, 2013, S. 117.

<sup>610</sup> BGH, Beschl. v. 15.03.2007, Az.: 5 StR 53/07 – hrr-straftrecht; Ahlbrecht in Ahlbrecht/Böhm/Esser/Eckelmanns, Internationales Strafrecht, S. 514; Löffelmann, Die normativen Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafverfahren, S. 225, 226.

<sup>611</sup> BGH, Urt. v. 01.04.1992, Az.: 5 StR 457/91, BGHSt 38, 263 (wobei der BGH hier dennoch eine Abwägung vornimmt; es handelt sich um ein Verfahren, das in der ehemaligen DDR begonnen wurde. Die Beschuldigten wurden gemäß der DDR-Gesetzeslage nicht über ihr Recht zu schweigen belehrt. Der BGH hielt die so erhaltenen Vernehmungsprotokolle für verwertbar, nicht jedoch allein aufgrund des Umstands, dass die Rechtsordnung der DDR keine Belehrung vorsah, sondern nach einer Abwägung zwischen einerseits dem Recht des Beschuldigten sich nicht selbst belasten zu müssen, Ausfluss der Menschenwürde in Art. 1 GG, des Persönlichkeitsrechts Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG und den Grundsätzen eines fairen Verfahrens sowie dem staatlichen Interesse der Wahrheitsermittlung andererseits, s. Rn 14, 15, 16); so auch *Böse*, der sich für einen allgemeinen ordre public-Vorbehalt ausspricht, ZStW, 2002, S. 148.

<sup>612</sup> BGH, Urt. v. 23.01.1985, Az.: 1 StR 722/84 – jurion.

<sup>613</sup> BGH, Urt. v. 04.07.1979, Az.: 2 StR 77/79, MDR 79, 637.

Beschuldigte in einem Sachverhalt mit Auslandsbezug nicht bessergestellt werden soll, als in einem rein nationalen Verfahren<sup>614</sup>.

Falls das französische Recht in solchen Konstellationen nicht ordnungsgemäß angewandt wurde, kann dieser Verfahrensfehler im Prinzip auch in Frankreich angegriffen werden (vgl. Art. 694-42 CPP). Dieser Verfahrensfehler wirkt sich in Deutschland aber nur dann auf die Verwertbarkeit aus, wenn gleichzeitig auch eine beachtliche deutsche Vorschrift verletzt wurde. Folglich hat das Rechtsmittelrecht in Rechtshilfesachen eine nur eingeschränkte Wirkung. Das IRG enthält keine Vorschrift, die den Umgang mit Beweismitteln deren fehlerhafte Erhebung erfolgreich im Ausland angegriffen wurde oder gar eine Unverwertbarkeit des Beweismittels im Vollstreckungsstaat begründet, klärt.

Das deutsche Gericht kann im Übrigen auch prüfen, ob die Beweiserhebung im Ausland gegen Vorschriften der EMRK verstoßen hat, bspw. den fair-trial Grundsatz iSv Art. 6 EMRK<sup>615</sup>. In dem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass sich aus der Rechtsprechung des EGMR keine einzelnen Beweisverwertungsverbote ergeben<sup>616</sup>. Der Gerichtshof prüft vielmehr, ob das Strafverfahren insgesamt als fair beurteilt werden kann<sup>617</sup>.

ddd) Bewilligung und Vollstreckung der EEA durch einen „juge d’instruction“

Nunmehr ist auf die Vollstreckungssituation einer EEA am Maßstab der Vorschriften einer „information“ einzugehen. Der „juge d’instruction“ prüft zunächst, ob der Vollstreckung der deutschen EEA allgemeine Bewilligungshindernisse iSv Art. 694-31 ff. CPP entgegenstehen.

---

<sup>614</sup> BGH, Urt. v. 15.09.1999, Az.: 1 StR 286/99, wistra 2000, 390 f.; BGH, GA 1976, 218 (219); Böse, ZStW, 2002, S. 148.

<sup>615</sup> BGH, Beschl. v. 21.11.2012, Az.: 1 StR 310/12 – hrr-strafrecht (die Verwertung von TKÜ-Protokollen, die durch tschechische Behörden erhoben und ohne richterliche Bestätigung in Deutschland in das nationale Verfahren eingeführt wurden, ist zulässig.); Schuster, StV, 2014, S. 193 ff.; Swoboda, HRRS, 2014, S. 10 ff.

<sup>616</sup> Gleß, ZStW, 2013, S. 579. Von dieser Grundkonzeption ist der EGMR nur in wenigen Fällen aufgrund von schwerwiegenden Rechtsverstößen abgewichen. So wurde ein Verfahren zum Beispiel dann als insgesamt unfair angesehen, wenn eine unmenschliche Behandlung iSv Art. 3 EMRK bejaht wird (Urt. v. 01.06.2010, Nr. 22978/05, Gäfgen c/Deutschland), oder wenn dem Recht auf einen Verteidiger nicht stattgegeben wurde (Urt. v. 27.10.2011, Nr. 25303/08, Stojkovic c/Frankreich und Belgien).

<sup>617</sup> EGMR, Urt. v. 25.03.1999, Nr. 25444/94, Pélissier u. Sassi c/Frankreich - hudoc; EGMR, Urt. v. 26.03.1996, Nr. 20524/92, Doorson c/ Niederlande – hudoc („the proceedings as a whole including the way in which evidence was taken, were fair“); EGMR, Urt. v. 27.10.2011, Nr. 25303/08, Stojkovic c/ Frankreich und Belgien – hudoc; Gless, in FS für Jürgen Wolter, S. 1360.

Wenn dies nicht der Fall sein sollte, schreitet er zu der Vollstreckung der Maßnahme. Dabei hat er grundsätzlich die ausdrücklich angegebenen Verfahrens- und Formvorschriften des Anordnungsstaates einzuhalten, solange das Gesetz nicht etwas anderes vorschreibt und die Rechte der Parteien oder wesentliche Grundsätze der französischen Strafprozessordnung nicht beschränkt werden, s. Art. 694-36 CPP. Als Vergleichsmaßstab werden die Vorschriften hinsichtlich der Vernehmung einer verdächtigen Person im Rahmen einer „information“ dienen, mithin die Schlüsselvorschrift des Art. 116 CPP (gegebenenfalls iVm Art. 152 CPP und den Artt. 113-4, 113-5 CPP). Art. 114 CPP („première comparution“) wird hingegen keine Rolle spielen, da die deutsche Rechtsordnung einen Beschuldigtenstatus vergleichbar der „mise en examen“ nicht kennt.

Fraglich ist nun, welche Verfahrens- und Formvorschriften von der deutschen Anordnungsbehörde angegeben werden müssen, um eine verwertbare Vernehmung zu erhalten.

Die wesentlichen Rechte eines Beschuldigten, der zum ersten Mal vernommen wird, stellen die Information über die ihm zur Last gelegten Tat und der anwendbaren Strafvorschriften, sowie die Belehrung iSv § 136 Abs. 1 iVm § 163a Abs. 3, 4 StPO vor der Vernehmung zur Sache dar. Er ist demnach darauf hinzuweisen, dass es ihm nach dem Gesetz freisteht, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen und jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger zu befragen<sup>618</sup>. Des Weiteren muss ihm die Möglichkeit gegeben werden vor seiner Vernehmung einen Verteidiger zu konsultieren und es müssen ihm Informationen zur Verfügung gestellt werden, die ihm die Kontaktaufnahme zu einem Verteidiger erleichtern (Hinweis auf anwaltliche Notdienste).

Laut Rechtsprechung des BGH führen dabei die fehlende oder fehlerhafte Belehrung über das Schweigerecht<sup>619</sup> und die Verhinderung der effektiven Verteidigung durch einen Verteidiger<sup>620</sup>

---

<sup>618</sup> Die Vernehmung über seine persönlichen Verhältnisse, also zur Feststellung seiner Identität, ist nicht Teil der Vernehmung zur Sache, Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 191, 192.

<sup>619</sup> BGH, Urt. v. 03.07.2007, Az.: 1 StR 3/07, BGHSt 51, 367; BGH, Urt. v. 27.02.1992, Az.: 5 StR 190/91, BGHSt 38, 214.

<sup>620</sup> BGH, Beschl. v. 18.10.2005, Az.: 1 StR 114/05, NStZ 2006, 236; BGH, Beschl. v. 11.08.2005, Az.: 5 StR 200/05, NStZ 2006, 114; BGH, Beschl. v. 05.02.2002, Az.: 5 StR 558/01, BGHSt 47, 233; BGH, Urt. v. 22.11.2001, Az.: 1 StR 220/01, BGHSt 47, 172.

zu einer Unverwertbarkeit der Maßnahme. Folglich müssen im unionsrechtlichen Rechtshilfeverkehr die deutschen Behörden auf die Einhaltung dieser Belehrungsinhalte hinweisen.

Zudem gilt auch ein weiteres, ungeschriebenes Erfordernis. So hat der BGH mehrfach entschieden, dass Art. 6 Abs. 3e) EMRK dem der Gerichtssprache nicht kundigen Angeklagten (bzw. Beschuldigten) für das gesamte Strafverfahren und damit auch für vorbereitende Gespräche mit seinem Verteidiger ein Anspruch auf unentgeltliche Zuziehung eines Dolmetschers zusteht, auch wenn kein Fall der notwendigen Verteidigung gegeben ist<sup>621</sup>. Das Recht auf einen Dolmetscher ist inzwischen ausdrücklich in § 187 Abs. 1 GVG iVm § 163a Abs. 4 StPO geregelt.

Des Weiteren sieht die deutsche Strafprozessordnung einen Katalog mit verbotenen Vernehmungsmethoden vor, der sowohl für den Ermittlungsrichter als auch die Staatsanwaltschaft und die polizeilichen Ermittlungsbehörden gilt, s. § 136a Abs. 1, 2 iVm § 163a Abs. 3, 4 StPO. Bei einem Verstoß sieht das Gesetz ein absolutes Beweisverwertungsverbot vor (Abs. 3 S. 2). Damit sind die französischen Behörden unbedingt auch über diese Verbote zu unterrichten, damit das Protokoll der Beschuldigtenvernehmung im deutschen Strafverfahren verwertet werden kann.

Eine Anwesenheitspflicht des Verteidigers während der Vernehmung gilt im Ermittlungsverfahren hingegen nicht. Das Gesetz sieht nur Fälle vor, in denen dem Beschuldigten ein Verteidiger bestellt werden muss. Diese hat zu erfolgen, wenn die Staatsanwaltschaft eine Bestellung beantragt, weil nach ihrer Auffassung in dem gerichtlichen Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 Abs. 1 oder 2 notwendig sein wird, beziehungsweise wenn der Beschuldigte richterlich vernommen wird und der Richter die Mitwirkung eines Verteidigers aufgrund der Bedeutung der Vernehmung zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten für geboten erachtet, s. § 141 Abs. 3 S. 2, 4 StPO. Die Bestellung

---

<sup>621</sup> BGH, Beschl. v. 26.10.2000, Az.: 3 StR 6/00, BGHSt, 46, 178; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 108.

stellt damit eine Ermessensentscheidung dar<sup>622</sup>. Die Staatsanwaltschaft muss jedoch unverzüglich nach Beginn der Vollstreckung einer Untersuchungshaft einen Antrag auf Bestellung eines Verteidigers stellen, s. §§ 141 Abs. 3 S. 5, 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO. Wird die Beschuldigtenvernehmung entgegen des staatsanwaltlichen Antrags ohne Verteidiger durchgeführt, kann sich das Gericht der Hauptsache nur dann auf diese Aussage stützen, wenn deren Inhalt durch andere gewichtige Gesichtspunkte bestätigt wird<sup>623</sup>. Um eine solche Verwertungsbeschränkung zu vermeiden, sollte die deutsche Anordnungsbehörde die Bestellung eines Anwalts im Ausland bei Vorliegen der Voraussetzungen in der EEA beantragen.

Zwar gilt keine Anwesenheitspflicht des Verteidigers, doch ist auf die Benachrichtigungspflicht des §§ 163a Abs. 3 S. 2, Abs. 4 S. 3, 168c Abs. 5 StPO hinzuweisen. Wird der Beschuldigte durch die Polizei, die Staatsanwaltschaft oder einen Richter vernommen<sup>624</sup>, hat der bestellte Verteidiger ein Anwesenheitsrecht und ist entsprechend von dem Termin zu benachrichtigen. Die Benachrichtigung unterbleibt nur, wenn sie den Untersuchungserfolg gefährden würde, s. § 168c Abs. 5 S. 2 StPO. Das Anwesenheitsrecht besteht zur Gewährleistung einer effektiven Verteidigung<sup>625</sup>. Somit führt die Verletzung der Benachrichtigungspflicht zu einer Unverwertbarkeit des (richterlichen<sup>626</sup>) Vernehmungsprotokolls<sup>627</sup>, außer sie hätte aufgrund Gefährdung unterbleiben dürfen. Die deutsche Anordnungsbehörde wird folglich auf das Anwesenheitsrecht und die Benachrichtigungspflicht des Verteidigers hinweisen müssen, außer die Benachrichtigung durfte unterbleiben, vgl. § 168c Abs. 5 S. 2 StPO.

Dies stellen zusammengefasst die wesentlichen Rechte des Beschuldigten dar, die es im

---

<sup>622</sup> BGH, Beschl. v. 05.02.2002, Az.: 5 StR 558/01, BGHSt 47, 233.

<sup>623</sup> Sog. Beweiswürdigungslösung, s. BGH, Urt. v. 25.07.2000, Az.: 1 StR 169/00, BGHSt 46, 93.

<sup>624</sup> Das Anwesenheitsrecht des Verteidigers und die daraus resultierende Benachrichtigungspflicht im Rahmen von staatsanwaltlichen und polizeilichen Vernehmungen wurde erst mit dem Zweiten Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren und zur Änderung des Schöffengerichts v. 27.08.2017, BGBl., 2017 I, S. 3295 ff., eingeführt.

<sup>625</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 132.

<sup>626</sup> Das Anwesenheitsrecht im Rahmen einer staatsanwaltlichen und polizeilichen Vernehmung wurde wie o.g. erst im August 2017 eingeführt, so dass die Rechtsprechung bis heute sich nur mit der Verwertbarkeit von richterlichen Vernehmungsprotokollen auseinandersetzen hatte.

<sup>627</sup> BGH, Beschl. v. 23.09.1988, Az.: 2 StR 409/88, NStZ 1989, 282.

Rahmen seiner Vernehmungen zu beachten gilt. Die französischen Behörden haben diese gem. Art. 694-36 CPP einzuhalten. Etwas anderes gilt nur, wenn damit gegen wesentliche Prinzipien der französischen Rechtsordnung verstoßen würde. Um dies beurteilen zu können, ist zunächst zu untersuchen, in welchen Punkten sich die nationalen Rechtsordnungen unterscheiden.

Die Vernehmung einer verdächtigen Person während einer „information“ richtet sich allgemein nach Art. 114 CPP iVm Art. 152 und Artt. 113-4, 5 CPP. Die verdächtige Person ist demnach im Rahmen ihrer ersten Vernehmung über den gegen sie vorliegenden Verdacht zu unterrichten, sowie über ihr Äußerungs- und Schweigerecht, ihr Recht auf Bestellung eines Verteidigers, ihr Recht auf einen Dolmetscher sowie Übersetzung der wesentlichen Verfahrensakte und ihr Recht auf Konfrontation zu belehren, s. Artt.113-3, 113-4 CPP. Zudem gilt, dass der Verteidiger während der Vernehmung anwesend sein muss, außer hierauf wird ausdrücklich verzichtet, s. Artt. 113-3 Abs. 1, 114 Abs. 1 CPP. Im Umkehrschluss gilt keine zwingende Anwesenheitspflicht des Verteidigers. Art. 114 Abs. 2, 3 CPP statuiert dann besondere Ladungs- und Akteneinsichtsrechte der Verteidigung vor der Vernehmung. Dies sind die Grundsätze einer Beschuldigtenvernehmung im Rahmen einer „information“. Die Gegenüberstellung mit der deutschen Rechtsordnung zeigt, dass die Belehrungspflichten in Frankreich weitergehen, denn es ist zusätzlich über das Recht auf Übersetzung wesentlicher Aktenteile und das Konfrontationsrecht zu belehren. Des Weiteren kann in Frankreich die Vernehmung nur dann ohne Verteidiger stattfinden, wenn die Parteien ausdrücklich auf dessen Anwesenheit verzichten. Der Verteidiger hat zudem besondere Rechte im Vorfeld der Vernehmung. In Deutschland hingegen bedarf es keines ausdrücklichen Verzichts, es genügt, dass der Beschuldigte nach ordnungsgemäßer Belehrung über sein Recht auf Bestellung eines Verteidigers hiervon auch konkludent keinen Gebrauch macht.

Mit Blick auf diese Unterschiede ist fraglich, ob die Einhaltung der deutschen Verfahrensvorschriften bei der Vollstreckung einer EEA in Frankreich wesentliche Rechte der Parteien oder wesentliche Grundsätze der französischen Rechtsordnung iSv Art. 694-36 CPP beschränken würden.

Zunächst ist dabei fraglich, welche Rechte als wesentlich iSv Art. 694-36 CPP gelten. Das

Gesetz sieht hier keine Definition vor. Damit ist der Sinn und Zweck des Art. 694-36 CPP zu ermitteln. Dieser schreibt vor, dass ausländische EEAen vorrangig nach dem Recht des Anordnungsstaates vollstreckt werden sollen. Ein Verweis auf das eigene nationale Recht wie noch in Art. 694-3 CPP aF fehlt. Die Erhebung von im Anordnungsstaat verwertbarer Beweismittel ist mithin das bezeichnete Ziel dieser Vorschrift. Diesem Effektivitätsgrundsatz soll nur dann eine Schranke gesetzt werden, wenn wesentliche französische Verfahrensprinzipien entgegenstehen. Der Sinn und Zweck, sowie die sprachliche Neufassung des Art. 694-36 CPP lassen folglich den Schluss darauf zu, dass die Vorschrift restriktiv auszulegen ist. Mithin soll nicht jeder Unterschied zwischen der französischen Rechtsordnung und der Rechtsordnung des Anordnungsstaates den Vorbehalt des Art. 694-36 CPP auslösen. Vielmehr sollen nur elementare Grundsätze der französischen Rechtsordnung geschützt werden. Dazu gehört beispielsweise die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens, die Waffengleichheit, die Gewaltenteilung, die kontradiktorische Natur des Strafverfahrens, der Grundsatz „ne bis in idem“, die Unschuldsvermutung, etc. (s.a. „article préliminaire du CPP“).

Angesichts dieser restriktiven Auslegung des Art. 694-36 CPP wird die unterschiedliche Ausgestaltung von Belehrungspflichten oder der Unterschied hinsichtlich der Vernehmungsmöglichkeiten ohne Anwalt (ausdrücklicher/konkludenter Verzicht) wohl keine wesentlichen Verfahrensgrundsätze der französischen Rechtsordnung tangieren. Der Vollstreckung nach deutschem Recht stehen somit keine Bedenken entgegen.

eee) Sonderfall „garde à vue“

Eine Besonderheit gilt es zu beachten, wenn die französischen Behörden vor Durchführung der Vernehmung eine „garde à vue“ anordnen. In diesen Fällen sieht das französische Recht die Möglichkeit einer Aussetzung des Rechts auf einen Anwalt vor, s. Artt. 63-4-2, 154 CPP. Fraglich ist, ob die Aussage eines Beschuldigten im Rahmen einer „garde à vue“, die ohne Anwalt stattgefunden hat, in Deutschland verwertbar wäre. Nach deutschem Rechtsverständnis hat der Beschuldigte in jeder Lage des Verfahrens einen Anspruch auf einen Verteidiger, s. § 137 StPO. Eine zeitliche Beschränkung dieses Rechts ist dem deutschen Recht nicht bekannt (die Ausschließung eines Verteidigers iSv §§ 138a, b StPO hindert den Beschuldigten

nicht daran einen anderen Verteidiger zu bestellen). Zwar kann eine Benachrichtigung des Verteidigers von einem Vernehmungstermin in dringenden Fällen gem. § 168c Abs. 5 StPO unterbleiben. Wenn der Verteidiger jedoch auf andere Weise von dem Termin erfahren hat, so kann ihm die Anwesenheit nicht versagt werden. Die Konzeption der deutschen Rechtsordnung unterstreicht die wesentliche Bedeutung des Rechts auf einen Verteidiger, so dass eine (zeitliche) Beschränkung dieses Rechts die Unverwertbarkeit der Aussage in einem deutschen Strafverfahren begründen würde. Die deutschen Behörden sind mithin dazu aufgefordert, die französischen Behörden über das unbeschränkbare Recht auf Verteidigung zu informieren.

Ein Problem entsteht, wenn dieses Recht auf Verteidigung von den französischen Anordnungsbehörden nicht eingehalten wird. Obwohl das Vernehmungsprotokoll in Deutschland unverwertbar ist, kommt eine Verwertung in einem französischen Verfahren in Betracht (sofern der Grundsatz „ne bis in idem“ gewahrt wurde, französisches Recht Anwendung findet, usw.)<sup>628</sup>. Folglich kann die Anordnung einer deutschen EEA mittelbar zu einem Herabsenken der deutschen Beschuldigtenrechte führen.

Dies ist eine zwingende Konsequenz unterschiedlich ausgestalteter Strafverfahrensordnungen, die sich zwar durch den Einfluss der EuGrCh und der EMRK auf ein Mindestschutzniveau eingependelt haben<sup>629</sup>, dennoch national unterschiedlich hohe Schutzniveaus vorsehen. Es gilt der Grundsatz, dass die betroffene Person im unionsrechtlichen Rechtshilfeverkehr nicht bessergestellt werden soll als in einem rein nationalen Verfahren. Dennoch kann dies zu einem Misstrauen zwischen den Mitgliedstaaten führen, wenn ein Beweismittel, das zwar gegen wesentliche Grundsätze eines Mitgliedstaats verstößt, gleichzeitig aber in einem anderen Mitgliedstaat problemlos verwertet werden kann. Dieses Problem stellt sich immer dann, wenn die wesentlichen nationalen Grundsätze bezüglich einer Ermittlungsmaßnahme divergieren. In diesem Zusammenhang ist der Ruf aus der Literatur, unionsrechtlich einheitliche Beweiserhebungsregeln und Beweisverwertungsverbote zu etablieren, verständlich und sinnvoll.

---

<sup>628</sup> Crim., Urt. v. 12.03.2014, Nr. 13-87.254, Bull. crim. Nr. 80 – *legifrance*; Beauvallet, *JurisClasseur Procédure pénale, Entraide pénale internationale*, LexisNexis, Paris, 2018, Artt. 694-10 bis 694-13, fasc. 20, Rn 25.

<sup>629</sup> S. insoweit auch Gleß, *Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung*, S. 227.



fff) Bewilligung und Vollstreckung der EEA durch einen Staatsanwalt

Für den Fall, dass eine EEA durch einen Staatsanwalt am Maßstab der Vorschriften der „enquête“ vollzogen wird (Art. 694-20 Abs. 3 CPP), stellt sich wiederum die Frage, ob wesentliche Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsordnungen zu erkennen sind. Hinsichtlich der wesentlichen deutschen Verfahrensvorschriften ergibt sich kein Unterschied (s. §§ 136, 136a, 140 Abs. 2 StPO). Fraglich ist wiederum, ob die Vollstreckungsbehörde Art. 694-36 CPP geltend machen könnte.

Die Vorschriften bezüglich der „enquête“ enthalten nur wenige Vorschriften für die Vernehmung eines „suspect“. Art. 61-1 CPP stellt dabei die Schlüsselvorschrift im Rahmen einer „audition libre“ dar, demnach der Verdächtige über die ihm vorgeworfene Tat in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht zu informieren, sowie über das Recht die Örtlichkeiten der Vernehmung zu verlassen, das Recht auf einen Dolmetscher, das Äußerungs- und Schweigerecht, das Recht auf Verteidigung (im Falle des Verdachts auf ein Verbrechen oder Vergehen, das mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr belegt ist) sowie das Recht auf Rechtshilfe zu belehren ist.

Der Vergleich mit den Vorschriften der deutschen Rechtsordnung lassen keine wesentlichen Unterschiede erkennen oder eine Beschränkung der französischen Vorschriften vermuten. Hinsichtlich der Belehrung des Rechts auf einen Verteidiger geht die deutsche Rechtsordnung sogar weiter. Mithin würde eine Vernehmung eines Beschuldigten nach deutschem Recht nicht mit wesentlichen Verfahrensprinzipien der französischen Rechtsordnung iSv Art. 694-36 CPP kollidieren. Auf die Frage, ob im Rahmen einer „enquête“ eine solche Kollision mit der französischen Rechtsordnung effektiv geltend gemacht werden könnte<sup>630</sup>, kommt es daher nicht an.

---

<sup>630</sup> S. insoweit Art. 694-41 Abs. 1 CPP. Dieser besagt, dass wenn eine ausländische EEA in Frankreich vollstreckt wurde, der Betroffene Rechtsmittel gegen die Vollstreckung einlegen kann soweit ihm dies in einem vergleichbaren nationalen Fall auch möglich gewesen wäre (folglich nur im Rahmen einer „information“, s. Artt. 171 ff. und Art. 802 CPP, mit Ausnahme ganz vereinzelter Rechtsmittelrechte im Rahmen einer „enquête“, s. bspw. bzgl. der Begründungspflicht aus Art. 56-1 CPP). Dies ist mithin im Rahmen einer „enquête“ für einen Beschuldigten nicht möglich. Fraglich ist auch schon, welcher Prüfungsumfang den französischen Gerichten

Hinsichtlich der Besonderheit der Vernehmung einer Person im Rahmen einer „garde à vue“ gem. Art. 62-2 CPP kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Eine zeitliche Beschränkung des Rechts auf einen Anwalt würde in einem deutschen Verfahren zu einer Unverwertbarkeit der Maßnahme führen.

ggg) Vollstreckung der EEA gemäß französischer Sondervorschriften

Die Sondervorschriften bezüglich der organisierten Kriminalität sollen einer effektiven Kriminalitätsbekämpfung dienen und schränken zu diesem Zweck die sonst gültigen Vorschriften der „information“ und der „enquête“ ein (s. Artt. 706-73 ff. CPP). Der Beschuldigte genießt mithin einen niedrigeren Schutz. Für die Anwendung von deutschen Vorschriften, die wie oben gesehen weder am Maßstab der Vorschriften der „information“ noch der „enquête“ eine Beschränkung wesentlicher Grundsätze der französischen Strafprozessordnung gem. Art. 694-36 CPP bedingen, bedeutet dies, dass eine Beschränkung der Vorschriften der „criminalité organisée“ aufgrund des noch niedrigeren Schutzniveaus des Beschuldigten nicht denkbar ist. Die französischen Vollstreckungsbehörden wären daher stets an die deutschen Vorschriften gebunden, s. Art. 694-36 CPP. Falls die französischen Behörden die deutschen Verfahrensvorschriften nicht einhalten und dem Beschuldigten lediglich die beschränkten Rechte der Artt. 706-73 ff. CPP zusprechen, würde dies eine Unverwertbarkeit in dem deutschen Verfahren begründen.

hhh) Beschuldigtenvernehmung ordnungsgemäß nach französischem Recht

Falls die Beschuldigtenvernehmung ordnungsgemäß nach französischem Recht verlaufen ist

---

zukommt, da das Verfahren im Prinzip nach dem Recht des Anordnungsstaates abzulaufen hat und dort angegriffen werden muss. Jedoch könnte sich ein Rechtsmittelrecht auf Grundlage des Art. 694-36 CPP ergeben. Dieser besagt, dass die EEA nach dem Recht des Anordnungsstaates abzulaufen hat, außer und mit der Folge der Nichtigkeit, wenn diese die Rechte der Verfahrensparteien oder die wesentlichen Grundsätze, die in dem Einleitungsartikel des CPP enthalten sind, beschränken. Fraglich ist aber, ob sich bei Anwendung der Vorschriften der „enquête“ ein Betroffener hierauf berufen könnte. Art. 802 CPP, der ein Rechtsbehelf im Falle der Verletzung solcher gesetzlichen Nichtigkeitsgründe („nullité textuelle“), wie sie Art. 694-36 CPP vorschreibt, vorsieht, kann nur von einer Verfahrenspartei geltend gemacht werden. Dies wäre für den Betroffenen, auf den die Vorschriften der „enquête“ angewendet wurden, also nicht der Fall. Aus der Zusammenschau dieser Vorschriften und dem Fehlen eines ausdrücklichen Rechtsmittelrechts bei Anwendung der Vorschriften der „enquête“ (s. insbesondere Art. 694-41 Abs. 1 CPP) ergibt sich, dass der Gesetzgeber das Rechtsmittelrecht für die Vorschriften der „enquête“ nicht erweitern wollte.

und die deutschen Behörden lediglich die Herausgabe des so entstandenen Vernehmungsprotokolls anordnen, ist fraglich, ob dieses Protokoll stets in Deutschland verwertet werden kann. Dies ist nach den oben dargestellten Grundsätzen der Rechtsprechung immer dann der Fall, wenn das französische Recht korrekt angewendet wurde, außer der Verwertung stehen wesentliche Grundsätze der deutschen Rechtsordnung entgegen. Wenn jedoch französische Vorschriften verletzt wurden, ist das in Deutschland wiederum nur beachtlich, wenn damit gleichzeitig wesentliche deutsche Vorschriften verletzt wurden.

Die drei wesentlichen deutschen Vorschriften stellen die Belehrungspflicht bezüglich des Schweigerechts und des Rechts auf Verteidigung, die Benachrichtigungspflicht des Verteidigers sowie die Einhaltung des Verbots bestimmter Vernehmungsmethoden dar.

*(1) Vernehmung einer Person „mise en examen“*

Es wird zunächst geprüft, ob die Art und Weise der Vernehmung einer Person „mise en examen“ mit wesentlichen deutschen Verfahrensvorschriften kollidiert.

Die Person, die entweder schon „mise en examen“ ist, beziehungsweise gegen die die Einleitung einer „mise en examen“ in Betracht kommt, unterfällt in Frankreich einem absolut hohen Schutz (s. die Vorschriften der Artt. 114, 116 CPP). Wie oben gesehen gehen die Rechte teilweise sogar weiter, als die Rechte des Beschuldigten nach deutschem Verständnis (z.B. Belehrung über Übersetzungsrecht von Aktenteilen, Konfrontationsrecht, Anwesenheitspflicht des Verteidigers im Rahmen einer „première comparution“). Im Umkehrschluss kann die ordnungsgemäße Anwendung dieser Vorschriften nie deutsche Verfahrensrechte beschränken. Falls jedoch die französischen Vorschriften verletzt wurden, ist dies nur beachtlich, wenn damit auch eine der drei wesentlichen deutschen Verfahrensvorschriften verletzt wurde.

Eine Ausnahme ergibt sich wiederum dann, wenn im Rahmen einer „garde à vue“ das Recht auf einen Anwalt ausgesetzt und die betroffene Person in Folge unverteidigt vernommen wurde. Dies würde aufgrund der elementaren Bedeutung des Rechts auf Verteidigung im deutschen

Strafprozess eine Unverwertbarkeit des Vernehmungsprotokolls nach sich ziehen.

(2) *Vernehmung eines „témoin assisté“*

Die Vernehmung eines „témoin assisté“ bestimmt sich gem. Artt. 113-4, 113-5, 114 CPP. Auch diese Vorschriften sehen, wie oben dargestellt, weitere Rechte (insbesondere Belehrungspflichten) als die deutsche Rechtsordnung vor. Die ordnungsgemäße Anwendung dieser Vorschriften kann demnach ebenfalls nicht die Unverwertbarkeit des Vernehmungsprotokolls begründen. Es gilt wiederum die Ausnahme im Rahmen einer „garde à vue“.

(3) *Vernehmung eines „suspect“*

Falls die deutschen Behörden die Herausgabe des Vernehmungsprotokolls eines „suspect“ anordnen, ist fraglich, ob die Art und Weise der Vernehmung den wesentlichen Prinzipien der deutschen Rechtsordnung entspricht. Problematisch ist hier die gesetzliche Beschränkung der Belehrungspflicht bezüglich des Rechts auf einen Verteidiger gem. Art. 61-1 Nr. 5 CPP, wenn der Verdacht auf eine Straftat gerichtet ist, die nicht mit einer Freiheitsstrafe belegt ist. Das deutsche Recht kennt eine solche Beschränkung nicht<sup>631</sup>. Aufgrund der elementaren Bedeutung des Rechts auf Verteidigung, die schon im Rahmen der Ausführungen zur „garde à vue“ festgestellt wurde, sollte ein Vernehmungsprotokoll, das ohne eine umfassende Belehrung erfolgt ist, in Deutschland als unverwertbar gelten.

In diesem Zusammenhang ist aber auf zwei Urteile des BGH zu verweisen, wonach in einem vergleichbaren Fall die Vernehmungsprotokolle trotz einer fehlenden Belehrung über das Schweigerecht (ebenso ein elementares Beschuldigtenrecht) gem. § 136 StPO dennoch für verwertbar erachtet wurden<sup>632</sup>. In dem ersten Urteil aus dem Jahr 1994<sup>633</sup> bejahte der BGH grundsätzlich die Verwertbarkeit, ließ die Entscheidung aber noch offen, da er davon ausging, dass der Vernommene sein Schweigerecht ohnehin kannte. In seinem zweiten Urteil aus dem

---

<sup>631</sup> Esser, in FS für Hans-Heiner Kühne, S. 541.

<sup>632</sup> Ahlbrecht in Ahlbrecht/Böhm/Esser/Eckelmanns, Internationales Strafrecht, S. 514, 515; Roxin, in FS für Hans-Heiner Kühne, S. 323.

<sup>633</sup> BGH, Urt. v. 10.08.1994, Az.: 3 StR 53/94, NJW 1994, 3364.

Jahre 2001<sup>634</sup> bejahte der Gerichtshof sodann die Verwertbarkeit, obwohl das ausländische Recht keine Belehrung über die Schweigepflicht vorsah<sup>635</sup>. Dies wurde damit begründet, dass das ausländische Recht zumindest eine Belehrung hinsichtlich des Rechts auf einen Verteidiger vorsah. Diese Rechtsprechung erging wenige Jahre nach der Anerkennung eines Verwertungsverbots in einem nationalen Verfahren<sup>636</sup>. Ob der BGH heute ebenso ein ausländisches Verwertungsprotokoll für verwertbar erachten würde, ist fraglich.

Hiergegen sprechen einige Gründe. Die wesentlichen Rechte des Beschuldigten aus § 136 StPO stellen elementare Bestandteile der deutschen Rechtsordnung dar. So postulierte der BGH bezüglich des Schweigerechts, dass dieses Ausfluss der Menschenwürde aus Art. 1 GG und des Grundsatzes eines fairen Verfahrens iSd Art. 6 EMRK sei<sup>637</sup>. So besagt auch *Roxin*, dass im Rahmen eines ausländischen Beweismitteltransfers die Verwertbarkeit eines Beweismittels nach deutschem Verfahrensrecht zu bestimmen ist, so dass ein absolutes Verwertungsverbot gelten müsse<sup>638</sup>. Aber auch dann, wenn man den Meinungen folge, wonach deutsches Verfahrensrecht auf die Frage der Verwertbarkeit eines ausländischen Beweismittels nicht ohne weiteres übertragen werden könnte, so sprechen sich diese Stimmen zumindest aber dafür aus, die Verwertbarkeit an einem *ordre public* - Vorbehalt des deutschen Rechts zu überprüfen. Dieser *ordre public* - Vorbehalt müsste jedoch ebenfalls zu einer Unverwertbarkeit einer Aussage ohne Belehrung führen, da selbst der BGH die Belehrungspflicht als Ausfluss der Menschenwürde und des Grundsatzes eines fairen Verfahrens anerkenne<sup>639</sup>. Eine unterlassene Belehrung würde diese Grundsätze verletzen und die Unverwertbarkeit eines ausländischen Beweismittels begründen<sup>640</sup>. Auch *Ahlbrecht* spricht sich aufgrund der hohen Bedeutung des „*nemo tenetur*“-Grundsatzes und dessen verfassungsrechtlichen Verankerung für ein

---

<sup>634</sup> BGH, Beschl. v. 14.02.2001, Az.: 3 StR 438/00 – hrr-strafrecht.

<sup>635</sup> Roxin, in FS für Hans-Heiner Kühne, S. 323.

<sup>636</sup> Roxin, in FS für Hans-Heiner Kühne, S. 323.

<sup>637</sup> BGH, Beschl. v. 27.02.1992, Az.: 5 StR 190/91, BGHSt 38, 214 ff.

<sup>638</sup> Roxin, in FS für Hans-Heiner Kühne, S. 323.

<sup>639</sup> BGH, Beschl. v. 27.02.1992, Az.: 5 StR 190/91, BGHSt 38, 214 ff.

<sup>640</sup> Roxin, in FS für Hans-Heiner Kühne, S. 324.

Verwertungsverbot aus<sup>641</sup>.

Mithin wird hier die Ansicht vertreten, dass ein Vernehmungsprotokoll, das in Frankreich ordnungsgemäß ohne umfassende Belehrung über das Recht auf Verteidigung entstand, in Deutschland nicht verwertet werden kann.

Fraglich ist, ob die Unverwertbarkeit einer solchen Aussage auch auf eine Verletzung des Art. 6 Abs. 3c) EMRK gestützt werden könnte. Art. 6 Abs. 3 EMRK schützt das Recht auf Verteidigung in jedem Verfahrensstadium als Ausfluss des Grundsatzes eines rechtsstaatlichen Verfahrens<sup>642</sup>. Jedoch kennt der Wortlaut des Art. 6 Abs. 3c) EMRK selbst eine Beschränkung dieses Rechts („*wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist*“)<sup>643</sup>, so dass das französische Recht Art. 6 EMRK nicht verletzt.

Des Weiteren sieht das französische Recht im Rahmen einer „enquête“ keine Benachrichtigungs- oder Ladungspflicht des Verteidigers zu der Vernehmung des „suspect“ vor. Fraglich ist, ob dieser Umstand mit wesentlichen nationalen Prinzipien kollidiert, namentlich § 168c Abs. 5 StPO. Das Anwesenheitsrecht des Verteidigers und damit die aus § 168c Abs. 5 StPO resultierende Benachrichtigungspflicht vor einer Vernehmung dienen der effektiven Verteidigung des Beschuldigten. Diese Rechte wurden mit der Reform der StPO im August 2017 sogar noch gestärkt, da das Anwesenheitsrecht des Verteidigers auf polizeiliche und staatsanwaltliche Vernehmungen erweitert wurde, s. §§ 163a Abs. 3 S. 2, Abs. 4, S. 3 StPO nF<sup>644</sup>. Daher sprechen gute Gründe dafür, dass die Vernehmung eines „suspect“, dessen Verteidiger zuvor überhaupt nicht über den Termin unterrichtet wurde, in Deutschland nicht verwertbar ist.

Die Aussetzung des Rechts auf einen Anwalt im Rahmen einer „garde à vue“ würde aus

---

<sup>641</sup> Ahlbrecht in Ahlbrecht/Böhm/Esser/Eckelmanns, Internationales Strafrecht, S. 515.

<sup>642</sup> EGMR, Urt. v. 13.09.2016, Nr. 50541/08, 50571/08, 50573/08, 40351/09, Ibrahim u.a. c/ Vereinigtes Königreich – hudoc; EGMR, Urt. v. 27.10.2011, Nr. 25303/08, Stojkovic c/ Frankreich u. Belgien – hudoc; EGMR, Urt. v. 27.11.2008, Nr. 36391/02, Salduz c/ Türkei – hrr-straftrecht.

<sup>643</sup> EGMR Beschl. v. 09.04.2015, Nr. 30460/13, A.T. c/ Luxemburg – hudoc; EGMR, Urt. v. 27.11.2008, Nr. 36391/02, Salduz c/ Türkei – hrr-straftrecht; Kühne, in Pabel/Schmahl, Art. 6 Rn 504.

<sup>644</sup> Zweites Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren und zur Änderung des Schöffengerichts v. 27.08.2017, BGBl., 2017 I, S. 3295 ff.

denselben Gründen eine Unverwertbarkeit nach sich ziehen.

Im Rahmen einer „enquête“ sind die polizeilichen Handlungsbefugnisse zudem sehr weit, so dass auch gewisse Täuschungshandlungen („ruse“) erlaubt sind<sup>645</sup>. Im Falle, dass die französische Vollstreckungsbehörde ihre Möglichkeiten ausschöpfen, aber damit gleichzeitig gegen die verbotenen Vernehmungsmethoden aus § 136a StPO verstoßen, wäre damit auch ein Verstoß gegen wesentliche deutsche Verfahrensgrundsätze begründet. § 136a StPO ist ein Ausfluss der Menschenwürde (Art. 1 GG) und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG). Soweit zusätzlich gegen das Folterverbot aus Art. 3 EMRK verstoßen wurde, wäre die Maßnahme darüber hinaus auch aus diesem Grund unverwertbar.

Ein weiterer Punkt, der ein Verwertungsverbot in Deutschland begründen könnte, ist die Tatsache, dass der „suspect“ im Rahmen einer „enquête“ keine Möglichkeit hat den Verstoß gegen französische Verfahrensvorschriften zu rügen<sup>646</sup>. Das Recht Rechtsbehelfe einzulegen entsteht frühestens mit Eröffnung einer „information“, beziehungsweise einer Hauptverhandlung, s. Artt. 170, 802 CPP.

Der fehlende Rechtsschutz könnte einen wesentlichen Verstoß gegen nationale Verfahrensgrundsätze mit Blick auf die Verfassung, insbesondere den Schutzzumfang des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG begründen. Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet effektiven Rechtsschutz gegen Handlungen der öffentlichen Gewalt. Auf dieser Grundlage entwickelte die Rechtsprechung schon den nachträglichen Rechtsschutz im Rahmen eines innerstaatlichen

---

<sup>645</sup> Das Verständnis der sog. Beweisfreiheit („liberté des preuves“) ist während der phase d'enquête ein weites; das Prinzip der Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung („principe de loyauté“) gewinnt erst ab Eröffnung einer „information“ an Bedeutung, s.a. Crim., Urt. v. 28.11.2001, Nr. 01-86.467, Bull. crim. Nr. 248 (Hypnose) – legifrance; Perrier, *Le fair-play de la preuve pénale*, AJ Pénal, 2017, S. 438. Hinsichtlich französischer Beweisverwertungsverbote gilt dabei folgendes: Es gilt der Grundsatz der „liberté des preuves“ wonach alles erlaubt, was nicht verboten ist, s. Gleß, *Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung*, S. 64; Kühne, *Strafprozessrecht*, S. 756. Dieses Prinzip unterliegt jedoch Grenzen, zum einen des materiellen Rechts (die Ermittlungsbehörden dürfen sich nicht strafbar machen), zum anderen dem „principe de loyauté“, wonach strafrechtliche Ermittlungen "redlich" sein müssen, mithin keine Täuschungen etc. darstellen dürfen. Dieser zweite Grundsatz gilt jedoch nur für Justizorgane und Polizisten, die im Auftrag der Justizorgane im Rahmen einer sog. „commission rogatoire“ tätig werden. Das Prinzip gilt damit nicht für Polizisten im Rahmen einer „enquête“, s. Gless, in *Vers un nouveau procès pénal? Neue Wege des Strafprozesses*, S. 91.

<sup>646</sup> Massé, *L'entraide judiciaire internationale version française – Suite*, RSC, 2005, S. 406.

Ermittlungsverfahrens<sup>647</sup>. Auf derselben Grundlage wurde auch der Rechtsschutz hinsichtlich der Art und Weise der Vollstreckung eines ausländischen Ersuchens in Deutschland gewährt<sup>648</sup>. Zwar könnte man dem entgegenhalten, dass der Schutzbereich des Art. 19 Abs. 4 GG nicht eröffnet ist, da „öffentliche Gewalt“ nur die deutschen Handlungsorgane erfasst. Diese seien aber im Falle einer Vollstreckung im Ausland nicht tätig. Eine solche Argumentation würde jedoch die Umgehung von wesentlichen nationalen Verfassungsprinzipien darstellen, deren Einhaltung wie oben gesehen gerade auch im Rahmen eines Rechtshilfeverkehrs mit dem Ausland garantiert werden soll. Zudem hat auch schon das Bundesverfassungsgericht die Bindung der deutschen Gerichte an die Grundrechte statuiert, auch wenn der Sachverhalt einen Auslandsbezug aufweist<sup>649</sup>.

Die Tatsache, dass weder die Anordnung, noch die Art und Weise der Vollstreckung einer Maßnahme in Frankreich angefochten werden kann, greift empfindlich in die Rechte des Betroffenen ein. Hier entstehen gravierende Probleme, wenn beispielsweise eine Beschuldigtenbelehrung unterlassen, das Recht auf Verteidigung, etc. beschränkt oder Vernehmungsmethoden missachtet wurden. Aufgrund dieser Erwägungen kann zu dem Schluss gekommen werden, dass die fehlende Rechtsschutzmöglichkeit bei Anwendung der Vorschriften einer „enquête“ im Rahmen der Vollstreckung einer EEA gegen wesentliche Verfahrensprinzipien deutschen Rechts, genauer Art. 19 Abs. 4 GG, verstoßen.

Dies würde andererseits jedoch bedeuten, dass jedwede Ermittlungsmaßnahme, die im Rahmen einer „enquête“ durchgeführt wurde, nie in Deutschland verwertet werden könnte. Dies würde den Austausch von Beweismitteln zwischen diesen beiden Ländern empfindlich beschränken. Zudem ist zu beachten, dass der Beschuldigte die Möglichkeit hat, die Vornahme der Maßnahme in Frankreich in Deutschland zu überprüfen, nämlich auf die Einhaltung aller wesentlichen Verfahrensgrundsätze nach deutschem Verständnis. Somit steht ihm ein (wenn

---

<sup>647</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.04.1997, Az.: 2 BvR 817/90, 728/92, 802 und 1065/95, BVerfGE 96, 27; BGH, Beschl. v. 13.10.1999, Az.: 2 BJs 112/97-2, NJW 2000, 84; BGH, Beschl. v. 05.08.1998, Az.: 5 ARs 1/97, BGHSt 44, 171; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 234.

<sup>648</sup> OLG Nürnberg, Beschl. v. 04.09.2012, Az.: 1 Ausl 166/11 – gesetz-bayern.de.

<sup>649</sup> BVerfG, Urt. v. 14.07.1999, Az.: 1 BvR 2226/94, 1 BvR 2420/95, 1 BvR 2437/95, BVerfGE 100, 313 ff. – Telekommunikationsüberwachung I.



auch begrenzter) Rechtsschutz *a posteriori* zu. Diese Praktikabilitätserwägungen stellt, auch mit Blick auf die effektive Ausgestaltung des europäischen Beweismitteltransfers, ein Argument dafür dar ein Beweismittel trotz fehlender Rechtsschutzmöglichkeit in Frankreich zu verwerten.

#### *(4) Vernehmung gemäß den Sondervorschriften*

Wenn die Vernehmung im Rahmen der Sondervorschriften der „criminalité organisée“ abgelaufen ist, sieht Artt. 706-88 Abs. 6, 706-88-1 CPP wiederum eine Beschränkung des Rechts auf Verteidigung während einer „garde à vue“ vor. Diese Beschränkung kann sogar bis zu 72h gelten. Diese Vorschriften wurde von dem französischen Verfassungsrat im Jahre 2014 auf Vorlagefrage des Kassationsgerichtshofs für mit der Verfassung vereinbar erklärt<sup>650</sup> und in einer weiteren Ausprägung auch von dem Kassationsgerichtshof bestätigt<sup>651</sup>. Das Verteidigungsrecht müsse laut der französischen Rechtsprechung in Ausnahmefällen und insbesondere bei dem Verdacht auf die Begehung einer schweren Straftat eingeschränkt werden können<sup>652</sup>. Dies wird auch von der Rechtsprechung des EGMR (terroristischer Akt<sup>653</sup>) unterstützt, auch im Rahmen eines polizeilichen Ermittlungsverfahrens<sup>654</sup>. Selbst in Fällen, in denen der EGMR eine Konventionsverletzung in Gestalt einer unberechtigten Beschränkung des Rechts auf Verteidigung durch die Mitgliedstaaten festgestellt hat<sup>655</sup>, blieb für sein Urteil entscheidend, ob das Verfahren insgesamt als fair angesehen werden konnte<sup>656</sup>. Im Rahmen eines deutschen Verfahrens würde

---

<sup>650</sup> Conseil const., QPC v. 21.11.2014, Nr. 2014-428, JORF, Nr. 0271 v. 23.11.2014, S. 19675, Text Nr. 29.

<sup>651</sup> Crim., Urt. v. 18.02.2015, Nr. 14-82019, Bull. crim. Nr. 30.

<sup>652</sup> In der Literatur wird dies als Umgehung der Beschuldigtenrechte kritisiert, s. Lazerges, *Dédoulement de la procédure pénale et garanties des droits fondamentaux* in Alt-Maes/Barbieri/Bonfils/Bonhomme, *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, Paris, 2006, S. 573 ff.; Pin, *L'évolution des droits de la défense depuis le Code d'instruction criminelle* in Jung/Leblois-Happe/Witz, *200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le Bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Nomos, Baden-Baden, 2010, S. 174, 175.

<sup>653</sup> EGMR Beschl. v. 09.04.2015, Nr. 30460/13, A.T. c/ Luxemburg – hudoc; EGMR, Urt. v. 27.11.2008, Nr. 36391/02, Salduz c/ Türkei – hrr-straftrecht.

<sup>654</sup> EGMR, Urt. v. 13.09.2016, Nr. 50541/08, 50571/08, 50573/08, 40351/09, Ibrahim u.a. c/ Vereinigtes Königreich – hudoc; EGMR, Urt. v. 27.10.2011, Nr. 25303/08, Stojkovic c/ Frankreich u. Belgien – hudoc; EGMR, Urt. v. 27.11.2008, Nr. 36391/02, Salduz c/ Türkei – hrr-straftrecht.

<sup>655</sup> EGMR, Urt. v. 27.10.2011, Nr. 25303/08, Stojkovic c/ Frankreich u. Belgien – hudoc.

<sup>656</sup> Gleß, ZStW, 2013, S. 586.

eine solche Beschränkung jedoch wie oben gesehen stets zu einer Unverwertbarkeit führen.

### iii) Audiovisuelle Vernehmung

Die Vernehmung in Frankreich per Videokonferenz unterliegt wie oben gesehen deutschem Recht, so dass auf die obigen Ausführungen verwiesen werden kann. Die französischen Behörden können die Vollstreckung versagen, wenn sich der Beschuldigte der Vernehmung widersetzt, s. Art. 694-48 Abs. 1 CPP.

### jjj) Zeugenaussage eines Mitbeschuldigten

Die praktischen Umsetzungsschwierigkeiten, die sich durch die Vernehmung eines früheren Mitbeschuldigten als Zeugen in Fällen der Verfahrensabtrennung ergeben können, werden in dem Abschnitt bezüglich der Zeugenvernehmung zu thematisieren sein.

## cc) Vollstreckung einer französischen EEA in Deutschland

### aaa) Anordnungsbehörde

In Frankreich kann sowohl der Staatsanwalt im Rahmen einer laufenden „enquête“, als auch der „juge d’instruction“ im Rahmen einer „information“ eine EEA anordnen, s. Art. 694-20 Abs. 1 CPP.

### bbb) Vollstreckungsbehörde und Prüfungsumfang

Die deutsche Vollstreckungsbehörde ergibt sich aus den Vorschriften des jeweils zuständigen Bundeslandes. Sie prüft die Zulässigkeit der EEA (s. § 91b, c IRG) sowie das Vorliegen von Bewilligungshindernissen (s. § 91e IRG)<sup>657</sup>.

Im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung wirft sich ein besonderes Problem auf, wenn im Rahmen einer „enquête“ eine EEA beantragt wird. In diesem Fall gilt im Prinzip der Grundsatz, dass die Anordnung der Maßnahme nur im Anordnungs-, die Vollstreckung der Maßnahme nur im Vollstreckungsstaat angegriffen werden kann. Wenn die Vollstreckung hingegen nach französischem Recht abläuft („lex fori“, s. § 91h Abs. 2 Nr. 1 IRG), wird der Rechtsschutz nach

---

<sup>657</sup> Die Zurückweisungsgründe sind im IRG entweder als zwingende Zulässigkeits- (§§ 91b, 91c) oder fakultative Bewilligungshindernisse (§ 91e) ausgestaltet, Böhm, NSTZ, 2018, S. 204.

Frankreich verlagert. Den deutschen Gerichten würde nur ein beschränkter Prüfungsumfang belassen (s. § 91h Abs. 2 IRG „wesentliche Grundsätze der deutschen Rechtsordnung“). Problematisch ist jedoch, dass das französische Recht innerhalb der „enquête“ keinen Rechtsschutz für den Beschuldigten vorsieht. Fraglich ist, ob die deutschen Behörden die EEA gem. § 91b Abs. 3 iVm § 73 S. 2 IRG für unzulässig befinden könnten. Demnach ist die Leistung der Rechtshilfe unzulässig, wenn die Erledigung des Ersuchens mit den Verpflichtungen nach Art. 6 EUV und der EuGrCh unvereinbar wäre. Der fehlende Rechtsschutz könnte Art. 47 EuGrCh verletzen, der das Recht auf einen wirksamen Rechtsschutz postuliert. Dieses ist auch in Art. 13 EMRK vorgesehen.

Gegen eine Unzulässigkeit könnte sprechen, dass Deutschland durch die Vollstreckung einer solchen EEA ihre Verpflichtungen aus Art. 6 EUV nicht verletzt, da das IRG Rechtsschutzmöglichkeiten bietet (s. § 91i Abs. 2 Nr. 2 IRG iVm §§ 98 Abs. 2, 304 StPO mit dem Prüfungsumfang aus § 91h Abs. 2 S. 1 Nr. 1 IRG). Jedoch ist dem entgegenzuhalten, dass die rechtliche Situation in Frankreich dem Betroffenen das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf entzieht, obwohl dieser sich grundrechtsverletzender Ermittlungsmaßnahmen ausgesetzt sieht. Die Verweisung allein auf das deutsche Recht könnte den Betroffenen zudem schutzlos stellen, da das französische Umsetzungsgesetz bei einer wirksamen Anfechtung einer EEA im Ausland keine automatische Unverwertbarkeit der daraus gewonnenen Beweise statuiert, s. Art. 694-24 Abs. 1 CPP. Folglich sind die deutschen Vollstreckungsbehörden nicht gehalten, die Hand zu einer Grundrechtsverletzung zu reichen und mit der Vollstreckung womöglich eigene völkerrechtliche Verpflichtungen zu missachten.

In diesem Sinne spricht sich auch der Generalanwalt *Yves Bot* in seinen Schlussanträgen vom 11. April 2019 in der Rechtssache C-324/17 – Strafverfahren gegen Ivan Gavanozov - vor dem EuGH aus<sup>658</sup>. Es handelt sich um das erste Vorabentscheidungsersuchen bezüglich der Auslegung der RL eingelegt am 31. Mai 2017 durch ein bulgarisches Gericht, dem "Spetsializiran nakazatelen sad". Das bulgarische Gericht stellt als erste Frage, "*ob das nationale Recht und die nationale Rechtsprechung mit Art. 14 der Richtlinie 2014/41/EU über*

---

<sup>658</sup> Generalanwalt Yves Bot, Schlussantr. v. 11.04.2019, Rs. C-324/17, Gavanozov, Rn 51 ff.

*die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen vereinbar ist, wenn danach die sachlichen Gründe für den Erlass einer Europäischen Ermittlungsanordnung, die die Durchführung einer Durchsuchung in einer Wohnung und in Geschäftsräumen sowie die Beschlagnahme bestimmter Gegenstände bzw. die Zulassung der Vernehmung eines Zeugen zum Gegenstand hat, weder unmittelbar mit einem Rechtsbehelf gegen die gerichtliche Entscheidung noch im Wege einer gesonderten Klage auf Schadensersatz angefochten werden können.*"<sup>659</sup>

Dem Vorabentscheidungsersuchen liegt dabei folgender Sachverhalt zugrunde: In einem laufenden Strafverfahren in Bulgarien gegen Ivan Gavanzov, der eines Mehrwertsteuerbetrugs verdächtig wird, sollte ein Zeuge in Rumänien befragt, sowie seine Wohnung und Geschäftsräume durchsucht werden, um mögliche Beweismittel in dem Verfahren gegen Ivan Gavanzov zu erheben. Der Zeuge widersetzte sich einer Anreise nach Bulgarien, so dass das zuständige bulgarische Strafgericht, das nach dem polizeilichen Ermittlungsverfahren mit der Sache betraut wurde, die Anordnung einer EEA bezüglich der Zeugenvernehmung, sowie der Durchsuchung und Beschlagnahme in Erwägung zog. Jedoch sah sich das Gericht nicht in der Lage das EEA-Formular und insbesondere dessen Abschnitt J auszufüllen. Dieser Abschnitt sieht Informationen bezüglich der eingelegten Rechtsmittel gegen die Anordnung einer EEA vor. Das bulgarische Recht sieht jedoch weder in vergleichbaren nationalen Verfahren, noch in Verfahren im Rahmen einer EEA während dieses Verfahrensabschnitts Rechtsmittel vor, so dass das Gericht zweifelte, ob die bulgarische Rechtssituation den Vorgaben der RL entspricht. Es setzte das Verfahren aus und legte seine Fragen dem EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens vor.

Der EuGH hat zum heutigen Zeitpunkt, September 2019, noch nicht in der Sache entschieden. Der Generalanwalt Yves Bot geht nach Bejahung der Zulässigkeit des Ersuchens in seinen Schlussanträgen davon aus, dass das bulgarische Recht mit Art. 14 Abs. 1 RL unvereinbar sei, soweit es keine Rechtsschutzmöglichkeiten bezüglich der in einer EEA angeordneten

---

659

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=193481&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12489874> (Stand 07.09.2019).

Ermittlungsmaßnahme, bzw. staatshaftungsrechtliche Ansprüche vorsehe (Rn. 51 ff.). Er stützt seine Argumentation zunächst darauf, dass die RL vielfach darauf hinweise, z.B. in Artt. 13 und 14, dass solche Rechtsmittel bestehen müssen. Den Mitgliedstaaten sei damit aufgetragen worden, gleichwertige Rechtsbehelfe, die in einem vergleichbaren innerstaatlichen Sachverhalt zur Verfügung stehen, in solchen Fällen vorzusehen, s. Art. 14 Abs. 1 RL. Der europäische Gesetzgeber sei des Weiteren davon ausgegangen, dass die nationalen Rechtsordnungen solche Rechtsbehelfe kennen und mithin keine Schutzlücken im Rahmen einer EEA entstehen würden. Diese Auslegung der RL sei darüber hinaus auch im Lichte der EuGrCh angezeigt, da dessen Art. 47 einen umfassenden Rechtsschutz vorgebe. Soweit ein Mitgliedstaat keinen solchen Rechtsschutz kenne und damit den Anforderungen der EuGrCh nicht entspreche, würde sich dies zudem der erfolgreichen Durchführung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung, auf dem die RL basiere, widersetzen, denn das erforderliche Vertrauen in die Rechtsstaatlichkeit der Strafverfahrensordnungen der Mitgliedstaaten könne Schaden nehmen. Die Vollstreckungsbehörden könnten sich dann auch genötigt sehen, die Vollstreckung einer solchen EEA gem. Art. 11 Abs. 1 f) RL zu versagen, so dass der eigentlich restriktiv auszulegende europäische ordre-public-Vorbehalt generalisiert werde. Diese Überlegungen müssten auch dann gelten, wenn es sich um eine Zeugenvernehmung sowie eine Durchsuchung dessen Räumlichkeiten drehe, da mit der Maßnahme insbesondere in die Grundrechte des Zeugen eingegriffen werde. Aufgrund dieser Auslegung der RL schließt der Generalanwalt, dass die nationalen Anordnungsbehörden in einem solchen Fall schon nicht ermächtigt seien eine EEA anzuordnen. Dies gehe auch auf den Umstand zurück, dass die Anordnungsbehörden in einem solchen Fall nicht in der Lage seien das EEA-Formular, insbesondere dessen Abschnitt J, formgültig auszufüllen. Mithin könne die Vollstreckungsbehörde die Entscheidung über die Vollstreckung der EEA auch insoweit gem. Art. 16 Abs. 2 a) RL verweigern.

Bezüglich der zweiten Frage, ob Art. 14 Abs. 2 RL der betroffenen Partei unmittelbar das Recht einräumt, die gerichtliche Entscheidung über die EEA anzufechten, obwohl das nationale Recht keine solche prozessuale Möglichkeit vorsieht, trifft der Generalanwalt eine differenzierte Aussage. Soweit ein Mitgliedstaat im Rahmen von nationalen Verfahren Rechtsbehelfe vorsehe, es jedoch unterlassen habe solche auch im Rahmen einer EEA-Anordnung vorzusehen,

komme gegebenenfalls eine unmittelbare Anwendung der RL in Betracht. Jedoch läge der Fall anders, wenn das nationale Recht, wie im Fall des bulgarischen Rechts, auch in rein nationalen Verfahren keinen Rechtsschutz kenne. Die unmittelbare Anwendung sei dann ausgeschlossen, da eine RL nicht die Schaffung eines Rechtsbehelfs *ex nihilo* bewirken könne.

Die dritte und vierte Frage, ob sowohl der Zeuge, als auch die Person, gegen die die Anklage erhoben wurde, unter Berücksichtigung von Art. 14 Abs. 2 iVm Art. 6 Abs. 1 a) und Art. 1 Abs. 4 RL eine betroffene Partei im Sinne von Art. 14 Abs. 4 RL sei, auch wenn sich die Beweiserhebungsmaßnahme gegen einen Dritten richtet, bejaht der Generalwalt, obwohl er feststellt, dass mit Blick auf die Antwort auf die erste Frage diese Fragen nicht mehr entscheidungserheblich sind.

Die Argumente des Generalanwalts sind begrüßenswert, da damit Mindestanforderungen an den gerichtlichen Rechtsschutz in grenzüberschreitenden Sachverhalten begründet werden könnten. Zudem könnte die Einführung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung in die Rechtshilfe eine Schutzwirkung auch für den Beschuldigten und die betroffenen Parteien entfalten. Ob der EuGh den Argumenten (auch in formaler Hinsicht) des Generalanwalts folgen wird, bleibt zu beobachten.

#### ccc) Einführung und Verwertbarkeit eines im Ausland erhobenen Beweismittels

Bevor auf den praktischen Ablauf einer Beschuldigtenvernehmung eingegangen wird, ist zu untersuchen, wie ein ausländisches Vernehmungsprotokoll in die französische Hauptverhandlung eingeführt werden kann.

In Frankreich gilt in den Verfahren vor dem „Tribunal correctionnel“ ein weiter Schriftlichkeitsgrundsatz, s. Artt. 429 – 433 CPP, so dass die Aussage einer Person während des Ermittlungsverfahrens verlesen werden kann. Hingegen gilt vor der „Cour d’assises“ der Mündlichkeitsgrundsatz. Nichtsdestotrotz können Protokolle über frühere Aussagen verlesen

werden, s. Art. 379 CPP<sup>660</sup>. Strenge Beschränkungen iSv § 254 StPO kennt der CPP nicht. Das Vernehmungsprotokoll (sog. „procès-verbal“) aus dem Ermittlungsverfahren spielt mithin eine entscheidende Rolle für die Beweisführung. Aus diesem Grund gelten gesetzliche Formvorschriften, denen das Protokoll genügen muss, s. Artt. 106, 107, 121 CPP<sup>661</sup>.

Im unionsrechtlichen Rechtshilfeverkehr müssen die französischen Behörden daher auf die Erstellung eines formwirksamen Vernehmungsprotokolls hinwirken, um die Aussage in die Hauptverhandlung einführen zu können<sup>662</sup>.

Es gilt sodann zu untersuchen, welchen Anforderungen ein ausländisches Vernehmungsprotokoll genügen muss, um in Frankreich verwertet werden zu können. Dafür ist zunächst in Kürze die Verwertungslehre nach französischem Recht nachzuzeichnen. Die Frage, ob ein französischer Richter ein Beweismittel verwerten darf, muss im Zusammenhang mit dem in Frankreich wesentlichen Grundsatz "la liberté de la preuve" (sinngemäß Beweisfreiheit) beantwortet werden, s. a. Art. 427 Abs. 1 CPP. Demnach ist die richterliche Beweiswürdigungsfreiheit sehr weit und kann grundsätzlich nicht durch strikte Beweisverwertungsregeln, mithin Beschränkungen der richterlichen Beweiswürdigung im Voraus, beeinträchtigt werden. Die Beweiswürdigungsfreiheit kann nur in bestimmten Fällen beschränkt werden, so zum einen durch das Gesetzlichkeitsprinzip ("le principe de la légalité de la preuve"). Demnach sind die Beweismittel im Sinne der gesetzlichen Vorschriften zu erheben. Zum anderen müssen die Verteidigungsrechte ("les droits de la défense") gewahrt werden und die Ermittlungsbehörden dürfen sich nicht sog. "illoyaler" Verfahrensmethoden bedienen ("le principe de loyauté"). Hinsichtlich der Wahrung der Verteidigungsrechte ist beispielsweise die Verwertung der beschlagnahmten Korrespondenz zwischen einem Beschuldigten und seinem Verteidiger unzulässig, außer sie dient dem Nachweis einer Straftatbegehung durch den Verteidiger selbst. Eine illoyale Beweiserhebung stellt beispielsweise der Rückgriff auf Folter- oder Täuschungshandlungen dar. Zudem müssen die

---

<sup>660</sup> Crim., Urt. v. 23.10.2013, Nr. 12-87.786, Bull. crim. Nr. 202 - legifrance.

<sup>661</sup> Pradel, Procédure pénale, Cujas, Paris, 2017, S. 729.

<sup>662</sup> Crim., Urt. v. 28.02.1974, Bull. crim. Nr. 88, JCP, 1974, II, S. 17674, note P. Chambon; Crim., Urt. v. 26.01./11.03./19.03.1920, Bull. crim., Nr. 99, 127, 146.

Beweismittel im Rahmen eines kontradiktorischen Verfahrens in die Verhandlung eingeführt werden, s. Art. 427 Abs. 2 CPP.

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze kann in Frankreich eine Ermittlungsmaßnahme für nichtig erklärt werden („nullité“), so dass die damit erhobenen Beweismittel nicht verwertet werden können. Die Nichtigkeit wird im Rahmen einer „information“ bejaht, sofern eine wesentliche Verfahrensvorschrift („formalité substantielle“) des CPP verletzt oder eine andere Vorschrift missachtet und dadurch die Rechte einer Verfahrenspartei verletzt wurden, s. Artt. 171 ff. CPP. Darüber hinaus kann eine Ermittlungsmaßnahme für nichtig befunden werden, wenn das Gesetz die Nichtigkeit vorsieht („nullité textuelle“, z.B. Artt. 59 Abs. 1, 80-1 Abs. 1 CPP), oder wenn essentielle Verfahrensvorschriften („formalités substantielles“) verletzt wurden. Zudem muss der Antragssteller in eigenen Rechten verletzt worden sein, s. Art. 802 CPP.

Mit Blick auf die Ausstellung einer EEA müssen daher alle gesetzlichen sowie als wesentlich geltenden Verfahrens- und Formvorschriften angegeben werden, um eine Verwertbarkeit der Beweise in der französischen Verhandlung zu sichern<sup>663</sup>. Zudem obliegt dann die Überprüfung der Vollstreckung der Maßnahme den französischen Gerichten (soweit das nationale Recht ein Rechtsmittel vorsieht), da das französische Recht maßgeblich die Beweiserhebung bestimmt hat<sup>664</sup>. Dies gilt aber nur, wenn dem Gericht die entsprechenden Verfahrensakten übermittelt wurden<sup>665</sup>.

Wenn die französischen Behörden keine Verfahrens- oder Formvorschriften angeben oder die Vollstreckungsbehörde sich nicht an diese gehalten hat, ist fraglich, ob das so erlangte Beweismittel dennoch verwertet werden kann. Die französische Rechtsprechung hat den Grundsatz entwickelt, dass die Nichteinhaltung französischer Vorschriften keine Nichtigkeit begründet, wenn das nationale Recht des Vollstreckungsstaates ordnungsgemäß angewendet und die Beschuldigtenrechte gewahrt wurden<sup>666</sup>. So lag beispielsweise dem Urteil des

---

<sup>663</sup> Crim., Urt. v. 07.06.2017, Nr. 16-87.114, inédit – legifrance.

<sup>664</sup> Crim, Urt. v. 09.12.2015, Nr. 15-83.204, Bull. crim. Nr. 282 – legifrance.

<sup>665</sup> Crim., Urt. v. 03.06.2003, Nr. 02-87.484, JurisClasseur Procédure pénale, 2003, Fasc. 20, Nr. 39.

<sup>666</sup> Crim., Urt. v. 07.06.2017, Nr. 16-87.114, inédit – legifrance.



französischen Kassationsgerichtshofs vom 7. Juni 2017<sup>667</sup> eine polnische Rechtshilfeleistung zugrunde. Die französischen Behörden hatten im Rahmen einer „information“ die Vernehmung eines Verdächtigen in Form der „première comparution“ angeordnet, die am Ende in eine „mise en examen“ münden können sollte. Die polnischen Behörden vernahmen die Person und leiteten am Ende der Verhandlung die „mise en examen“ ein. Der Betroffene wendete sich in Frankreich gegen die Verwertbarkeit der Maßnahme.

Der französische Gerichtshof befand die Maßnahme für verwertbar, denn das polnische Recht wurde ordnungsgemäß angewandt und die Beschuldigtenrechte gewahrt. So stand der Vernehmung nicht entgegen, dass die verdächtige Person nicht von einem Untersuchungsrichter vernommen wurde. Das polnische Recht kenne die Figur des Untersuchungsrichters nicht, jedoch sei die Vernehmung durch ein polnisches Gericht in einer öffentlichen Verhandlung durchgeführt worden. Das Gericht sah darin eine hinreichende Wahrung der Beschuldigtenrechte. Für die Verwertung sprach auch, dass der Beschuldigte einen Verteidiger hatte, dem ein Akteneinsichts- sowie ein Recht zur Stellungnahme zustand. Zudem wurde der Beschuldigte, nachdem das polnische Gericht eine „mise en examen“ bejaht hatte, über seine zusätzlichen Rechte belehrt<sup>668</sup>.

Der französische Gerichtshof befand es für unerheblich, dass die polnischen Behörden über die Stellung als „inculpé“ belehrt hatten, anstatt den Begriff der „mise en examen“ zu verwenden. Ebenso wurde für unbeachtlich befunden, dass das polnische Gericht nicht wusste, dass nach der Vernehmung anstatt der Einleitung einer „mise en examen“ auch eine Stellung als „témoin assisté“ in Frage kam, denn der Beschuldigte habe die Möglichkeit das Vorliegen der Voraussetzung einer „mise en examen“ in Frankreich überprüfen zu lassen (s. Art. 173 CPP).

Wenn eine Maßnahme nach ausländischem Recht vorgenommen wurde, nehmen französische Gerichte eine eingeschränkte Prüfung vor<sup>669</sup>. Es wird auf die die Wahrung von

---

<sup>667</sup> Crim., Urt. v. 07.06.2017, Nr. 16-87.114, inédit – legifrance.

<sup>668</sup> Crim., Urt. v. 07.06.2017, Nr. 16-87.114, inédit – legifrance.

<sup>669</sup> Crim., Urt. v. 07.06.2017, Nr. 16-87.114, inédit – legifrance; Crim., Urt. v. 19.10.2016, Nr. 16-81920, inédit – legifrance; Crim., Urt. v. 02.12.2015, Nr. 14-81.866, Bull. crim. Nr. 276; Crim., Urt. v. 31.05.2012, Nr. 10-87.641 u. 11-84843, inédit – legifrance; Crim., Urt. v. 13.09.2011, Nr. 11-82284, inédit – legifrance; Crim., Urt. v. 27.06.2001, Nr. 01-82.578, inédit, AJ Pénal, 2017, S. 453; Crim., Urt. v. 04.11.1997, Nr. 97-83.463, Bull. crim.

Beschuldigtenrechten und wesentlichen Grundprinzipien der französischen Rechtsordnung („principes généraux du droit“<sup>670</sup>)<sup>671</sup> sowie höherrangigem Recht (Verfassungsrecht/EMRK/EuGrCh)<sup>672</sup> geachtet. Die französischen Gerichte nehmen demnach eine Gesamterwägung vergleichbar mit der des EGMR<sup>673</sup> vor.

ddd) Vollstreckung einer Beschuldigtenvernehmung

Unter Zugrundelegung der Grundsätze der französischen Rechtsprechung sollten die französischen Behörden die wesentlichen nationalen Verfahrens- und Formvorschriften in einer EEA angeben, um die Verwertbarkeit der Aussage zu garantieren. Die deutschen Behörden sind hieran gebunden, wenn dies nicht mit wesentlichen Grundsätzen der eigenen Rechtsordnung kollidiert, s. § 91h Abs. 2 Nr. 1 IRG. Die französische Anordnungsbehörde muss dabei je nach angeordneter Vernehmungsform unterscheiden.

(1) „*première comparution*“

Zu prüfen ist, welche Vorschriften im Rahmen „*première comparution*“ wesentlich sind. Dabei ist der Ablauf einer solchen Maßnahme noch einmal in Kürze darzustellen. Aus der Schlüsselvorschrift des Art. 116 CPP ergibt sich vor und während der Vernehmung eine Anwesenheitspflicht des Verteidigers, sowie die Pflicht den Betroffenen von der geplanten „*mise en examen*“, den gegen ihn erhobenen Vorwurf, sein Schweigerecht, sein Recht auf einen Übersetzer und auf Übersetzung von Verfahrensakten zu belehren. Nach der Vernehmung ist der Betroffene darüber zu informieren, ob eine „*mise en examen*“ eingeleitet wurde. Wenn dies

---

Nr. 366, RSC 1998, S. 351; Crim., Urt. v. 24.06.1997, Nr. 96-85.581, Bull. crim. Nr. 252 – legifrance; Gallois, Les nullités de procédure pénale, Gazette du Palais, Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 2017, Rn 224, 234, 235, 246, 240.

<sup>670</sup> Crim., Urt. v. 07.06.2017, Nr. 16-87.114, inédit – legifrance.

<sup>671</sup> Als wesentlicher Grundsatz der französischen Rechtsordnung wurde beispielsweise das Prinzip der „*loyauté des preuves*“, mithin die rechtsstaatliche Erhebung von Beweismitteln, anerkannt. Dieses Prinzip sah der französische Kassationsgerichtshof im Falle einer Tatprovokation für verletzt an. Ein Franzose hatte im Bundesstaat New York kinderpornographische Seiten besucht, die von den New Yorker Behörden betrieben wurden. Diese Tatprovokation befand das französische Kassationsgericht für illoyal, s. Crim., Urt. v. 04.06.2008, Nr. 08-81.045, Bull. crim. Nr. 141 – legifrance. Zu demselben Grundsatz: Crim., Urt. v. 30.04.2014, Nr. 13-88.162, Bull. crim. Nr. 119; Crim., Urt. v. 07.02.2007, Nr. 06-87.753, Bull. crim. Nr. 37 - legifrance.

<sup>672</sup> Crim., Urt. v. 19.10.2016, Nr. 16-81920 - Dalloz Actualité, obs. Fucini.

<sup>673</sup> EGMR, Urt. v. 25.03.1999, Nr. 25444/94 – Pélissier u. Sassi c/Frankreich - hudoc; EGMR, Urt. v. 18.03.1997, Nr. 21497/93 – Mantovanelli c/Frankreich - hudoc; Pradel, Droit pénal européen, Dalloz, Paris, 2009, S. 406; Gless, in FS für Jürgen Wolter, S. 1360.

der Fall ist, ist er zusätzlich über sein Beweisantragsrecht, sowie die Möglichkeit Rechtsbehelfe einzulegen zu belehren. Falls eine „mise en examen“ abgelehnt wird, ist er über seine Rechte als „témoin assisté“ zu unterrichten. Steht ein Verbrechen im Raum, muss die Vernehmung audiovisuell gespeichert werden, s. Art. 116-1 CPP. Die Anhörung muss von einem Untersuchungsrichter durchgeführt werden (s. Art. 152 CPP).

Mit Blick auf die deutsche Rechtsordnung, die als Schlüsselvorschrift die Belehrungspflichten aus § 136 Abs. 1 StPO und die Benachrichtigungspflicht aus § 168c Abs. 5 StPO kennt, ergeben sich deutliche Unterschiede<sup>674</sup>. Als wesentliche Grundprinzipien (die restriktiv auszulegen sind, s.a. oben zu der Auslegung des Art. 694-36 CPP<sup>675</sup>) können herausgearbeitet werden die Anwesenheitspflicht des Verteidigers (als Ausfluss des Rechts auf effektive Verteidigung), die Vernehmung durch ein, dem „juge d’instruction“ vergleichbares, Organ (als Ausfluss des Rechts auf gerichtliches Gehör) und die Belehrungen im Vorfeld und im Anschluss an die Stellung als „mise en examen“ bzw. „témoin assisté“. Auf die Einhaltung dieser Verfahrensgrundsätze legte auch das französische Kassationsgericht in seinem Urteil vom 7. Juni 2017 den Schwerpunkt<sup>676</sup>. Werden diese Vorschriften missachtet, gilt die Maßnahme in Frankreich als nichtig, so dass die französische Anordnungsbehörde hierauf in der EEA unbedingt hinweisen sollte.

Fraglich ist, ob die fehlende audiovisuelle Speicherung zu einer Unverwertbarkeit der Maßnahme führen würde (wobei zu beachten ist, dass § 136 StPO mit Wirkung zum 1. Januar 2020 ein 4. Absatz hinzugefügt wird, der eine Aufzeichnungspflicht in gewissen Fällen vorsieht<sup>677</sup>). In Frankreich ist die fehlende audiovisuelle Speicherung ein

---

<sup>674</sup> Die französische Verbindungsrichterin, Frau *Kass-Danno*, rät von der Anordnung einer „première comparution“ im Ausland ab. Die Vollstreckungsbehörde kennt im Zweifel die Figur und Bedeutung der „mise en examen“ nicht. Zudem wird es ihr schwer fallen das stark formalisierte Verfahren einzuhalten. Die Entscheidung über die Einleitung einer „mise en examen“ sei auch sehr fehleranfällig, da die deutschen Behörden den erforderlichen Verdachtsgrad nach anderen Kriterien bemessen würden als dies eine französische Stelle tun würde. Zudem fehle ihr eine umfassende Sachverhaltskenntnis.

<sup>675</sup> Die Idee der frei zirkulierenden Beweismittel ist dem Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit angelehnt, s. nur der Gesamtüberblick in De Kerchove/Weyembergh, *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2001.

<sup>676</sup> Crim., Urt. v. 07.06.2017, Nr. 16-87.114, inédit - legifrance.

<sup>677</sup> S. Artt. 3 Nr. 17 b), 18 Abs. 2 des Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17.08.2017, BGBl., 2017, I, S. 3202 ff.

Nichtigkeitsgrund und erstreckt sich auch auf die Aussagen, die im Zusammenhang mit einem Vergehensvorwurf getätigt wurden, auch wenn bei dem Verdacht auf ein Vergehen eine audiovisuelle Speicherung gesetzlich nicht vorgesehen ist<sup>678</sup>. Für eine Unverwertbarkeit auch im unionsrechtlichen Rechtshilfeverkehr spricht, dass im Rahmen einer „première comparution“, die eine „mise en examen“ nach sich ziehen kann, zur Herstellung einer Waffengleichheit zwischen den staatlichen Ermittlungsbefugnissen und den Rechten des Beschuldigten ganz besonders hohe Anforderungen an die Qualität und Transparenz der Beweismittelerhebung gestellt werden müssen. Dies gilt im Rechtshilfeverkehr umso mehr, da die Anordnungsbehörde die Vernehmung schon nicht selbst durchführt. Die audiovisuelle Speicherung ist auch nur im Rahmen einer „mise en examen“ vorgesehen. Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass ein Vernehmungsprotokoll angefertigt wird. Zudem ist bei dem Verdacht auf ein Verbrechen die „Cour d’assises“ zuständig, für dessen Verhandlung der Mündlichkeitsgrundsatz gilt, s. Artt. 306 ff. CPP. Darüber hinaus sieht das Gesetz Ausnahmen von der Speicherungspflicht vor (s. Art. 116-1 Abs. 5, 6 CPP)<sup>679</sup>. Es sprechen somit auch gute Gründe gegen eine Unverwertbarkeit. Es wird zu beobachten sein, wie die Rechtsprechung reagiert.

Hinsichtlich des Vernehmungsorgans ist zu klären, ob eine Vernehmung durch einen deutschen Staatsanwalt oder Ermittlungsrichter (je nach Zuständigkeitsregelung der Länder) einer richterlichen Vernehmung nach französischem Verständnis entsprechen würde. Eine Auseinandersetzung mit diesem Themenkomplex findet sich in der französischen Rechtsprechung nicht. Eine vergleichbare Figur wie die des „juge d’instruction“, der in seiner Richterfunktion unabhängig ein Ermittlungsverfahren leitet, kennt die deutsche Rechtsordnung nicht<sup>680</sup>. Der Staatsanwaltschaft als Herrscherin des Vorverfahrens kommen keine richterlichen Befugnisse zu. Es handelt sich vielmehr um ein hierarchisch aufgebautes Organ, das dem Justizministerium untersteht und prinzipiell als Teil der Exekutive gilt. Aus diesen Gründen würde eine staatsanwaltliche Anhörung einer richterlichen Vernehmung nach französischem

---

<sup>678</sup> Crim., Urt. v. 11.04.2018, Nr. 17-86.711, veröffentlicht, Dalloz Actualité, obs. Morgante.

<sup>679</sup> Girault, L’enregistrement audiovisuel des interrogatoires hors du cabinet du « juge d’instruction » : oui, mais ! – Cour de cassation, crim. 13 mai 2015, AJ Pénal, 2015, S. 438.

<sup>680</sup> Van Ruymbeken, Le juge d’instruction, PUF, Paris, 2016, S. 7.

Verständnis nicht entsprechen. Der deutsche Ermittlungsrichter hingegen ist unabhängig und ordnet in dieser Funktion die ihm vorbehaltenen Amtshandlungen mittels richterlichen Beschlusses an bzw. führt sie durch, s. § 162 StPO. Die französische Anordnungsbehörde sollte daher auf eine Vernehmung durch einen Ermittlungsrichter hinwirken.

Eine Gefahr entsteht, wenn die oben genannten wesentlichen französischen Verfahrensvorschriften unbeachtet bleiben. Wie schon oben gesehen entsteht im Rechtshilfeverkehr immer dann ein Problem, wenn die wesentlichen nationalen Verfahrensvorschriften divergieren, da eine Verwertung in dem Vollstreckungsstaat möglich bleibt. Die Anordnung einer französischen EEA kann mittelbar zu einem Herabsenken der französischen Beschuldigtenrechte führen.

*(2) Vernehmung einer Person „mise en examen“*

Wenn die deutschen Behörden eine Person, die schon „mise en examen“ ist, vernehmen sollen, läuft die Vernehmung gem. Art. 114 CPP ab. Demnach hat ein Verteidiger anwesend zu sein, wenn nicht ausdrücklich auf dessen Anwesenheit verzichtet wird. Der Verteidiger ist form- und fristgerecht zu laden. Belehrungspflichten sind nicht vorgesehen, da der Betroffene schon während der „première comparution“ oder als „témoin assisté“ über seine Rechte informiert wurde. Der Betroffene muss von einem Richter gehört werden, s. Art. 152 CPP.

Fraglich ist, ob diese Vorschriften wesentlich sind. Die richterliche Anhörung ist wie oben gesehen als Ausfluss des Rechts auf richterliches Gehör wesentlich. Hinsichtlich des nunmehr fakultativen Anwesenheitsrechts des Verteidigers führt dessen Abwesenheit wohl nicht zu einer Unverwertbarkeit der Maßnahme. Auch gelten die Frist- und Formvorschriften bezüglich der Ladung als reine Verfahrensvorschriften wohl nicht als wesentlich. Folglich müssten die französischen Behörden nur die Vernehmung durch einen Ermittlungsrichter anordnen.

### (3) Vernehmung eines „témoin assisté“

Es ist zunächst darauf hinzuweisen, dass eine formal-prozessuale Einstufung eines Zeugen als Beschuldigter<sup>681</sup> der deutschen Rechtsordnung fremd ist<sup>682</sup>. Aufgrund der irreführenden Verwendung des Begriffs “témoin” sollte in der EEA ausdrücklich die Vernehmung einer verdächtigen Person angeordnet werden.

Die Vernehmung eines „témoin assisté“ richtet sich gem. Artt. 113-4, 113-5 CPP. Er ist im Rahmen seiner ersten Vernehmung über den Tatvorwurf zu informieren sowie über sein Recht zu schweigen, sein Recht einen Verteidiger zu bestellen, sowie sein Recht auf Übersetzung der Verfahrensakte, auf Beiziehung eines Dolmetschers und sein Recht auf Konfrontation zu belehren. Der Verteidiger ist vor jeder Vernehmung fristgerecht zu laden. Der Betroffene kann auf dessen Anwesenheit verzichten. Er ist von einem Untersuchungsrichter zu vernehmen, außer er bittet um polizeiliche Vernehmung. Als wesentlich werden wiederum die Belehrung bezüglich des Schweigerechts, des Rechts auf Verteidigung und auf Übersetzung gelten. Hinsichtlich der weiteren Belehrungsinhalte, sowie der Anwesenheitspflicht des Verteidigers und der Vernehmung durch einen Untersuchungsrichter werden diese wohl, wie im Rahmen einer Vernehmung einer Person „mise en examen“, aufgrund des fakultativen Charakters als unwesentlich befunden werden. Dies gilt umso mehr, als dass der „témoin assisté“ anders als die Person „mise en examen“ noch keine Stellung als Verfahrenspartei innehat und ihre Rechte im Vergleich weniger stark ausgestaltet sind. Hinsichtlich der richterlichen Vernehmung ist darüber hinaus zu beachten, dass er sogar eine polizeiliche Vernehmung beantragen kann (Art. 152 Abs. 2 CPP). Diese Umstände sprechen gegen ein absolutes Erfordernis einer richterlichen Vernehmung auch im Ausland. Dies wird auch so von dem französischen Kassationsgerichtshof in einem Jahresbericht von 1999<sup>683</sup> angenommen, obwohl nach

---

<sup>681</sup> Roets, Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, AJ Pénal, 2008, S. 119; Bulletin officiel du Ministère de la Justice, Nr. 80 v. 20.12.2000 (Présentation des dispositions de la loi du 15 juin 2000...), Punkt Nr. 1.1.2.2.1.

<sup>682</sup> Guéry, L'avenir du suspect, AJ Pénal, 2005, S. 232.

<sup>683</sup>[https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_1999\\_91/etudes\\_documents\\_93/fr\\_ederic\\_desportes\\_5791.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_1999_91/etudes_documents_93/fr_ederic_desportes_5791.html) (Stand 29.09.2017).

nationalem Recht die fehlende Zustimmung eines „témoin assisté“ zur Nichtigkeit führen würde<sup>684</sup>.

Mit Blick auf die deutschen Vorschriften ergeben sich keine wesentlichen Unterschiede, so dass selbst die Vernehmung allein gem. §§ 133 ff. StPO keine Unverwertbarkeit in Frankreich begründen würde.

*(4) Vernehmung eines „suspect“*

Die Vernehmung eines „suspect“ bestimmt sich nach Art. 61-1 CPP, der wie oben gesehen lediglich Belehrungspflichten enthält. Diese Vorschrift ist inhaltlich mit § 136 Abs. 1 StPO vergleichbar. Die Vollstreckung allein nach deutschem Recht würde demnach einen in Frankreich verwertbaren Vernehmungsinhalt produzieren. Auf die beschränkte Belehrungspflicht über das Recht auf Verteidigung iSv Art. 61-1 Abs. 1 Nr. 5 CPP wird es im unionsrechtlichen Rechtshilfeverkehr nicht ankommen, da die Anordnung einer EEA in einem solchen Fall wohl schon als unverhältnismäßig gelten würde. Falls die französischen Behörden die Durchführung kriminalistischer List anordnen, die in Deutschland eine gem. § 136a StPO verbotene Vernehmungsmethode darstellen würde, könnten die Behörden die Vollstreckung gem. § 91h Abs. 2 IRG versagen, da ein solches Vorgehen mit wesentlichen Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung kollidieren würde.

*(5) Vernehmung gemäß den Vorschriften der „criminalité organisée“*

Ebenso sieht es aus, wenn die französischen Behörden im Rahmen der Bekämpfung organisierter Kriminalität eine Beschuldigtenvernehmung unter Beschränkung des Rechts auf Bestellung eines Verteidigers beantragen (s. Art. 706-88 CPP). Die deutschen Behörden würden einer solchen Beschränkung § 91h Abs. 2 Nr. 1 IRG entgegenhalten.

eee) Audiovisuelle Vernehmung

Die französischen Behörden können die Vernehmung per Videokonferenz anordnen. In diesem Fall läuft die Vernehmung im Grunde nach französischem Recht ab, s. § 91h Abs. 2, 3 IRG, so dass auf die obigen Ausführungen verwiesen werden kann. Während der Vernehmung sind

---

<sup>684</sup> Crim., Urt. v. 26.05.2009, Nr. 09-81075, Bull. crim. Nr. 105.

jedoch Vertreter des Vollstreckungsstaates anwesend, um die Identität der Person festzustellen, sowie über besondere Beschuldigtenrechte zu belehren und auf die Einhaltung der wesentlichen Grundsätze der nationalen Strafverfahrensordnung zu achten, s. § 91h Abs. 2, 3 S. 1, 2, 3 IRG (sog. Meistbegünstigungsprinzip).

#### dd) Umsetzung des Art. 1 Abs. 3 RL

Zu guter Letzt sei noch auf Art. 1 Abs. 3 RL einzugehen. Art. 1 Abs. 3 RL sieht vor, dass eine EEA von einem Beschuldigten oder seinem Verteidiger „im Einklang mit dem nationalen Strafverfahrensrecht“ beantragt werden kann. Das französische Umsetzungsgesetz sieht nun in Art. 694-20 Abs. 2 CPP vor, dass dem „suspect“ ein solches Recht im Rahmen des Art. 77-2 CPP zusteht. Folglich kann dieser erst dann den Erlass einer EEA beantragen, wenn das Verfahren aufgrund des Verdachts einer Straftat, die mit einer Freiheitsstrafe belegt ist, seit mindestens einem Jahr geführt wird. Damit hat der französische Gesetzgeber bei Umsetzung der RL nicht die Chance genutzt dem „suspect“ allgemein im Laufe des polizeilichen Vorverfahrens ein erweitertes Beweisantragsrecht zuzuerkennen und die kontradiktorische Natur der „phase d’enquête“ zu stärken<sup>685</sup>.

Das IRG sieht diesbezüglich keine besondere Regelung vor. Somit verbleibt es bei der Regelung des § 163a Abs. 2 StPO, wonach dem Beweisantrag entsprochen wird, wenn die Beweise von Bedeutung sind<sup>686</sup>.

#### ee) Zusammenfassung

Die Gegenüberstellung des deutschen und französischen Rechtssystems lässt verschiedene Schlüsse zu. So kann festgehalten werden, dass sich die Rechtsordnungen hinsichtlich der zugrundeliegenden Konzeptionen und ihrer geschichtlichen Entwicklung unterscheiden. So teilt die französische Rechtsordnung die verdächtige Person in unterschiedliche Kategorien je Verfahrensstadium ein und steigert entsprechend die bestehenden Beschuldigtenrechte. Dies hat zur Folge, dass ein „témoin assisté“ mehr Rechte als ein „suspect“ hat, obwohl der

---

<sup>685</sup> Diese Stärkung wird von einigen Literaturansichten gefordert, s. umfassend Décima, *La juridictionnalisation de l’enquête pénale*, Cujas, Paris, 2015.

<sup>686</sup> Rackow, *KriPoZ*, 2017, S. 87.



Verdachtsgrad der gleiche ist. Zudem treten besondere Vorschriften hinzu, sobald es um die Bekämpfung organisierter Kriminalität geht oder sich die Person in einer „garde à vue“ befindet. Dem steht das deutsche Recht gegenüber, das lediglich den Status des Beschuldigten mit gleichwährenden Rechten kennt. Eine Angleichung dieser Verfahrensstellungen findet aufgrund einer erkennbaren Europäisierung der Beschuldigtenrechte statt<sup>687</sup>, die zudem durch eine Rechtsprechung des EGMR<sup>688</sup> weiter gefestigt wird. Mithin sind sowohl in Deutschland als auch in Frankreich gemeinsame Mindeststandards während eines Ermittlungsverfahrens, das konkret und erkennbar gegen eine bestimmte Person geführt wird, zu erkennen. Diese Mindeststandards übersteigen auch konzeptuelle und terminologische Unterschiede der nationalen Rechtsordnungen. Nichtsdestotrotz ist darauf hinzuweisen, dass auf europäischer Ebene lediglich Mindeststandards festgelegt werden<sup>689</sup>. Daher kann es weiterhin zu Unterschieden kommen sobald ein Mitgliedstaat Beschuldigtenrechte in weiterem Umfang zuspricht<sup>690</sup>. Die Rechtsprechung des EGMR stellt kein Instrument der Harmonisierung nationaler Strafprozessordnungen dar<sup>691</sup>. So gilt beispielsweise in Deutschland das Recht auf einen Anwalt in jeder Lage des Verfahrens, s. § 137 StPO<sup>692</sup>. Das französische Recht hingegen sieht eine

---

<sup>687</sup> S. nur folgende unionsrechtliche Initiativen: RL 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und Rates v. 22.10.2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs, Amtsbl. Nr. L 294 v. 06.11.2013, S. 1 ff.; RL 2012/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.05.2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung im Strafverfahren, Amtsbl. Nr. L 142 v. 01.06.2012, S. 1 ff.; Richtlinie 2010/64/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.10.2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren, Amtsbl. Nr. L 280/1 v. 26.10.2010, S. 1 ff. sowie die justiziellen Rechte in Artt. 47 ff. EuGRCH.

<sup>688</sup> S. nur kürzlich wieder EGMR, Urt. v. 05.07.2016, Nr. 23755/07, Buzadji c/ Republik v. Moldavien – hudoc; Murdoch, L'article 5 de la convention européenne des droits de l'homme, Protection de la liberté et de la sûreté de la personne, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2003, S. 52; Satzger, JA, 2005, S. 656; Guide sur l'article 5 de la convention, Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2014 - [http://www.echr.coe.int/documents/guide\\_art\\_5\\_fra.pdf](http://www.echr.coe.int/documents/guide_art_5_fra.pdf) (Stand : 31.10.2017).

<sup>689</sup> Esser, in FS für Jürgen Wolter, S. 1330; Gleß, ZStW, 2013, S. 586; Kühl, in FS für Heike Jung, S. 438; Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht, European Criminal Policiy Initiative (www.crimpol.eu), ZIS, 2013, S. 412 ff.; Perron, in Organisierte Kriminalität als transnationales Phänomen, S. 47.

<sup>690</sup> Auch in anderen Bereichen des Strafverfahrensrechts konnte ein solcher „Überschuss“ festgestellt werden, vgl. nur Perron, ZStW, 1996, S. 149 ff.

<sup>691</sup> Gleß, ZStW, 2013, S. 587; Satzger, JA, 2005, S. 658.

<sup>692</sup> Satzger, in FS für Gunter Widmaier, S. 552.

europarechtskonforme Beschränkung zu Lasten des „suspect“, sowie allgemein im Rahmen einer „garde à vue“ vor.

Diese nationalen Unterschiede spielen im Rahmen der praktischen Umsetzung der RL eine besondere Rolle. Beiden Rechtsordnungen ist gemein, dass die Beachtung wesentlicher nationaler Grundprinzipien entscheidend für die Verwertbarkeit eines Beweismittels und damit der Anordnung einer EEA ist sowie eine absolute Schranke der Vollstreckung darstellt.

Der Vergleich der deutschen und französischen Rechtsordnung hat gezeigt, dass die Anordnung der Beschuldigtenvernehmung und der Vernehmung eines „suspect“ sowie „témoin assisté“ von vergleichbaren Kriterien abhängig ist, so dass bei Ausstellung einer EEA keine Schwierigkeiten zu erwarten sind. Die Anordnung der Vernehmung einer Person „mise en examen“ hingegen, einer der deutschen Rechtsordnung unbekanntem Figur, hängt von dem Vorliegen besonderer Verdachtsmomente ab. Im Rechtshilfeverkehr kann diese Schranke aber dank des Verbots des „forum shopping“ nicht umgangen werden.

Die Vollstreckung einer Beschuldigtenvernehmung nach deutschem Verständnis wird keine Schwierigkeiten bereiten, da das französische Recht unter Umständen sogar umfassendere Beschuldigtenrechte kennt. Eine Ausnahme gilt in den Sonderkonstellationen der „garde à vue“ und der „criminalité organisée“. Ein Problem ergibt sich zudem dann, wenn die deutschen Behörden die Herausgabe eines Vernehmungsprotokolls verlangen, das ordnungsgemäß gem. Art. 61-1 Nr. 5 CPP ohne Belehrung hinsichtlich des Rechts auf Verteidigung erfolgte. Es besteht die Gefahr, dass die deutsche Rechtsprechung sich für eine Verwertbarkeit der Vernehmung ausspricht, so dass dem Betroffenen Rechte aberkannt werden, die ihm in einem rein nationalen Verfahren zustehen würden. Die unterschiedliche Ausgestaltung der nationalen Rechtsordnung geht insoweit zulasten des Beschuldigten.

Die Vollstreckung der Vernehmung eines „suspect“, „témoin assisté“ sowie einer Person „mise en examen“ wird ebenfalls keine unüberwindbaren Hindernisse bereiten, da die Rechtsordnungen vergleichbare wesentliche Grundprinzipien kennen. Die Vollstreckung einer „première comparution“ hingegen stellt sich als problematisch heraus. Zwar können die deutschen Behörden im Sinne des „forum regit actum“ dazu aufgefordert werden die strengen

Verfahrensvorschriften einzuhalten. Dies führt jedoch unweigerlich zu einer Anwendung ausländischen Rechts durch deutsche Behörden und ist besonders fehleranfällig. Es besteht eine erhöhte Gefahr für die verdächtige Person, dass ihr einzelne Rechte nicht zugesprochen oder zur Kenntnis gebracht werden. Diese rechtliche Beschneidung wird dadurch vertieft, dass die französische Rechtsprechung die Verwertbarkeit eines ausländischen Beweismittels von einer Gesamtbetrachtung des Verfahrensverlaufs abhängig macht. In Folge können dem Betroffenen im Rahmen eines Rechtshilfeverkehrs weniger Rechte als in einem rein nationalen Verfahren zugesprochen werden.

Darüber hinaus besteht stets die Gefahr, dass ein im Anordnungsstaat unverwertbares Vernehmungsprotokoll im Vollstreckungsstaat verwendet wird, wenn sich die Rechtsordnungen hinsichtlich der wesentlichen Grundprinzipien unterscheiden. Die Ausstellung einer EEA kann somit auch mittelbar das Absinken der Rechte einer verdächtigen Person begründen.

#### ff) Tabellarische Übersicht

Die folgende Tabelle listet zusammenfassend die wesentlichen Rechte einer verdächtigen

Person in Deutschland und Frankreich auf.

- Rechte des Beschuldigten:

	Belehrung Schweigerecht	Belehrung Verteidiger	Belehrung Aktenüber- setzung	Belehrung Beweisantrags- recht
<b>Beschuldigter</b>	+	+	-	+
<b>„suspect“</b>	+	+/- (Art. 61-1 CPP)	-	+/- (Verfahren > 1 Jahr, Art. 77-2 CPP)
<b>„témoin assisté“</b>	+	+	+	+/- (Art. 113-3 Abs. 3 CPP, Recht auf Konfrontation)
<b>„mise en examen“</b>	+	+	+	+

	Recht auf Übersetzer/ Übersetzung	Anwesenheitspflicht Verteidiger	Benachrichtigung Verteidiger	Richterliche Vernehmung	Audiovisuelle Vernehmung
<b>Beschuldigter</b>	+	-	+	-	+/- (§ 136 Abs. 4 StPO)
<b>„suspect“</b>	+	-	-	-	-
<b>„témoin assisté“</b>	+	-	+	-	-
<b>„mise en examen“</b>	+	+/- (Art. 116 CPP, „première comparution“)	+	+	+/- (Art. 116-1 CPP, Verbrechen)

Diese Tabelle zeigt, dass zwei Überschneidungspunkte festgestellt werden können, die einer verdächtigen Person in Deutschland und Frankreich unabhängig von dem Verfahrensstadium zukommen: die Belehrung über das Schweigerecht und das Recht auf einen Übersetzer und Übersetzung. Diese Rechte sind auf europäische Initiativen zurückzuführen.

## 2. Der Zeuge in Deutschland und Frankreich

Die Erhebung von Beweisen durch die Anhörung von Zeugen stellt eine Ermittlungsmaßnahme von hoher praktischer Relevanz dar<sup>693</sup>. Gleichzeitig gilt der Zeuge als wenig vertrauenswürdig<sup>694</sup>. Im Folgenden wird herauszuarbeiten sein, wie die nationalen Rechtsordnungen mit diesem Beweismittel umgehen.

### a) Deutschland

#### aa) Begriff des Zeugen und der Zeugenvernehmung

Die StPO enthält in den §§ 48 ff. allgemeine Vorschriften bezüglich Zeugen im Strafverfahren. Eine Legaldefinition findet sich hingegen nicht<sup>695</sup>. Zeuge ist nach allgemeiner Auffassung, wer in einem nicht gegen sich selbst gerichteten Strafverfahren Angaben über von ihm wahrgenommene Tatsachen machen soll<sup>696</sup>. Es gilt ein formaler Zeugenbegriff. Sobald die Ermittlungsbehörden ein Verfahren konkret gegen eine Person aufgrund eines Anfangsverdachts führen, kann diese nicht mehr als Zeuge vernommen werden<sup>697</sup>. Die einzige Möglichkeit einen Beschuldigten ordnungsgemäß als Zeugen zu hören besteht, wie schon im Rahmen der Beschuldigtenvernehmung gesehen, im Falle einer Verfahrensabtrennung<sup>698</sup>.

---

<sup>693</sup> Prechtel, ZJS, 2017, S. 381 (mit Hinweisen auch auf die französische Rechtsordnung).

<sup>694</sup> Fischer, StGB, Vorbemerkung Falsche uneidlich Aussage und Meineid, Rn 3-5; de Vries, Einführung in die Kriminalistik für die Strafrechtspraxis, § 25 ff.; Prechtel, Die Bedeutung der Glaubwürdigkeit und des persönlichen Eindrucks für die Beweiswürdigung, ZJS, 2017, S. 381.

<sup>695</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, Vor § 48 Rn 1; Hof, Polizeizeugen – Zeugen im Sinne der StPO?, HRRS, 2015, S. 277.

<sup>696</sup> Neubeck, in Kleinknecht/Müller/Reitberger, Vor § 48 Rn 1; Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, Vor § 48 Rn 1; Maier/Percic, in MK, Vor § 48 Rn 1; Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 244; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 202.

<sup>697</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, Vor § 48 Rn 20, 22. Es steht nicht im Ermessen der Ermittlungsbehörden, wann ein Verfahren gegen eine Person geführt werden muss, so dass diese den Beschuldigtenstatus erhält, s. BGH, Urt. v. 27.02.1992, Az.: 5 StR 190/91 – hrr-strafrecht; BGH, Urt. v. 18.10.1956, Az.: 4 StR 278/56 – jurion. Es steht nicht im Ermessen der Ermittlungsbehörden, wann ein Verfahren formal gegen eine Person geführt wird, so dass diese den Beschuldigtenstatus erhält.

<sup>698</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, Vor § 48 Rn 22; Neubeck, in SK, Vor § 48 Rn 1; Kindhäuser, Strafverfahrensrecht, S. 246; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 209.

## bb) Zeugenpflichten

Das Gesetz legt drei Zeugenpflichten, nämlich die Erscheinens-, Aussage- und Eidespflicht, fest.

Der Zeuge ist gem. §§ 48 Abs. 1 S. 1, 161a Abs. 1 S. 1 StPO verpflichtet zu dem zu seiner Vernehmung bestimmten Termin nach ordnungsgemäßer Ladung vor dem Richter oder dem Staatsanwalt zu erscheinen. Im Falle des Nichterscheinens werden ihm die Kosten auferlegt und es können Zwangsmittel (Ordnungsgeld, Ordnungshaft) angeordnet werden; er kann zudem zwangsweise vorgeführt werden, vgl. § 51 Abs. 1 S. 1, 2, 3 StPO. Der Zeuge hat hingegen einer polizeilichen Ladung nur dann Folge zu leisten, wenn dieser ein Auftrag der Staatsanwaltschaft zugrunde liegt, s. § 163 Abs. 3 S. 1 StPO.

Der Zeuge ist sodann gem. §§ 48 Abs. 1 S. 2, 161a Abs. 1 S. 1 StPO verpflichtet vor dem Richter sowie dem Staatsanwalt auszusagen, wenn das Gesetz keine Ausnahme von dieser Pflicht vorsieht.

Die Pflicht wahrheitsgemäß vor einem Richter auszusagen, ergibt sich aus den §§ 153 ff. StGB. Demnach macht sich strafbar, wer vor einem Gericht oder einer, zur eidlichen Vernehmung zuständigen Stelle, falsch uneidlich oder eidlich aussagt. Die nicht wahrheitsgemäße Aussage gegenüber der Polizei und der Staatsanwaltschaft ist nicht strafbar, da diese Stellen nicht zu einer Eidesabnahme befugt sind<sup>699</sup>, s.a. § 161a Abs. 1 S. 3 StPO. Das Vergehen der uneidlichen Falschaussage wird mit einer Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, s. §§ 12 Abs. 2, 153 StGB. Das Verbrechen des Meineids wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft, s. §§ 12 Abs. 1, 154 StGB. Die hohe Strafandrohung des § 154 StGB sowie die Qualifizierung des Meineids als Verbrechen iSv § 12 Abs. 1 StGB sollen den Zeugen im Interesse der staatlichen Strafverfolgung zu einer wahren Aussage bewegen<sup>700</sup>. Der Zeuge ist dabei vor seiner Zeugenvernehmung über die strafrechtlichen Folgen einer unvollständigen oder falschen Aussage zu belehren, sowie auf die Möglichkeit der Vereidigung und dessen

---

<sup>699</sup> Fischer, StGB, § 153 Rn 7, 8.

<sup>700</sup> Neubeck, in SK, Vor § 48 Rn 9; Fischer, StGB, Vorbemerkung falsche uneidliche Aussage und Meineid, Rn 4, § 154 Rn 2; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 208.

Bedeutung hinzuweisen, s. § 57 S. 1 - 3 StPO.

Der ordnungswidrig als Zeuge gehörte Beschuldigte macht sich nicht gem. §§ 153, 154 StGB strafbar, da er kein tauglicher Täter ist<sup>701</sup>. Wenn eine Person jedoch ordnungsgemäß als Zeuge gehört wurde, da ihr Tatbeitrag den Ermittlungsbehörden unbekannt war, kann sie sich strafbar machen. Ein Zeuge ist aber vor jeder Vernehmung darüber zu belehren, dass er keine Aussagen machen muss mit denen er sich selbst belasten würde, s. § 55 Abs. 2 StPO. Eine Strafbarkeit wegen Falschaussage bzw. Meineid kommt aber auch im Falle einer fehlenden Belehrung gem. § 55 Abs. 2 StPO in Betracht<sup>702</sup>. Dies ergibt sich aus einem Beschluss des BGH vom 13. Februar 2004, wonach ein Verstoß gegen die Aufklärungspflicht lediglich im Rahmen der Strafzumessung als Strafmilderungsgrund zu berücksichtigen ist<sup>703</sup>.

Wenn der Zeuge nicht über sein Auskunftsverweigerungsrecht gem. § 55 Abs. 2 StPO belehrt wurde, kann die Aussage zudem weiterhin in dem Verfahren gegen den eigentlichen Beschuldigten verwertet werden<sup>704</sup>. Laut der höchstrichterlich entwickelten Rechtskreistheorie zielt § 55 Abs. 2 StPO nicht auf den Schutz des Beschuldigten, sondern des Zeugen vor Selbstbelastung ab<sup>705</sup>. Die Aussage kann hingegen nicht in einem späteren, gegen den Zeugen geführten Verfahren verwertet werden, da dieser gerade dem Rechtskreis des § 55 StPO unterfällt<sup>706</sup>.

Der Zeuge kann des Weiteren verpflichtet werden seine Aussage zu beideln, wenn er von einem Ermittlungsrichter vernommen wird, s. §§ 59, 62, 163 Abs. 3 S. 3 StPO. Die Eidespflicht entfällt, wenn das Gesetz ein Eidesverbot statuiert (§ 60 StPO) oder sich der Zeuge auf ein Eidesverweigerungsrecht berufen kann (§ 61 StPO). Es kann ein Eid mit religiöser Beteuerung ("*Sie schwören bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden, dass Sie nach bestem Wissen die reine Wahrheit gesagt und nichts verschwiegen haben. - Ich schwöre es, so wahr mir Gott helfe.*") oder ohne religiöse Beteuerung geleistet werden ("*Sie schwören, dass Sie nach bestem*

---

<sup>701</sup> Fischer, StGB, § 153 Rn 9; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 210.

<sup>702</sup> BGH, Beschl. v. 13.02.2004, Az.: 2 StR 408/03 – hrr-strafrecht; Fischer, StGB, § 153 Rn 12.

<sup>703</sup> BGH, Beschl. v. 13.02.2004, Az.: 2 StR 408/03 – hrr-strafrecht.

<sup>704</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 55 Rn 17.

<sup>705</sup> BGH, Urt. v. 21.01.1958, Az.: GSt 4/57 – jurion; Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 55 Rn 17.

<sup>706</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 55 Rn 17.



*Wissen die reine Wahrheit gesagt und nichts verschwiegen haben. - Ich schwöre es.*"), s. § 64 Abs. 1, 2 StPO. Im Falle einer falschen Aussage macht er sich wie oben gesehen eines Meineids gem. § 154 StGB strafbar<sup>707</sup>.

Die Vereidigung eines Zeugen hat im deutschen Strafverfahren (und insbesondere im Ermittlungsverfahren) einen Ausnahmecharakter<sup>708</sup>. Ein Zeuge soll nur vereidigt werden, wenn das Gericht wegen der ausschlaggebenden Bedeutung der Aussage oder zur Herbeiführung einer wahren Aussage den Eid für notwendig hält, s. § 59 Abs. 1 S. 1 StPO. Im Ermittlungsverfahren sind Vereidigungen zudem nur dann zulässig, wenn entweder Gefahr im Verzug vorliegt oder der Zeuge voraussichtlich am Erscheinen in der Hauptverhandlung gehindert sein wird, s. § 62 StPO.

#### cc) Zeugenrechte

Das Gesetz statuiert sodann bestimmte Zeugenrechte.

##### aaa) Ausnahmen von der Aussagepflicht

Der Zeuge ist nicht zur Aussage verpflichtet, wenn ihm ein so genanntes Zeugnisverweigerungsrecht gem. §§ 52 – 53a StPO zusteht oder er sich auf das in § 55 StPO statuierte Auskunftsverweigerungsrecht berufen kann. Der Unterschied ist, dass ein Zeugnisverweigerungsrecht den Zeugen berechtigt überhaupt nicht auszusagen<sup>709</sup>. Das Auskunftsverweigerungsrecht ermächtigt den Zeugen zu gewissen Fragen keine Auskunft zu erteilen. Darüber hinaus bleibt seine Aussagepflicht bestehen<sup>710</sup>. Das deutsche

---

<sup>707</sup> Neubeck, in SK, Vor § 48 Rn 9.

<sup>708</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 59 Rn 1; Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 249; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 215.

<sup>709</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 52 Rn 1.

<sup>710</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 55 Rn 1; Neubeck, in SK, Vor § 48 Rn 12 ff.; Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 250, 251.

Strafprozessrecht erklärt niemanden von vorneherein als zeugnisunfähig<sup>711</sup>.

*(1) Zeugnisverweigerungsrechte*

§ 52 StPO sieht ein so genanntes Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichem Grund vor. Damit soll die durch die Wahrheitspflicht begründete Zwangslage für Personen, die in einem besonderen Näheverhältnis zu dem Beschuldigten stehen, entschärft werden<sup>712</sup>. Dem Zeugnisverweigerungsrecht unterfallen:

- der Verlobte des Beschuldigten oder die Person, mit der der Beschuldigte ein Versprechen eingegangen ist, eine Lebenspartnerschaft zu begründen;
- der Ehegatte des Beschuldigten, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht;
- der Lebenspartner des Beschuldigten, auch wenn die Lebenspartnerschaft nicht mehr besteht (s. § 1 Lebenspartnerschaftsgesetz – iF LPartG. Die Lebenspartnerschaft kann zwischen zwei gleichgeschlechtlichen Personen begründet werden.);
- Angehörige; ihr Recht das Zeugnis zu verweigern wird durch Verwandtschaft und Schwägerschaft begründet<sup>713</sup>, s. §§ 1589, 1590 BGB.

Die zeugnisverweigerungsberechtigten Personen sind gem. § 52 Abs. 3 S. 1 StPO vor jeder polizeilichen staatsanwaltlichen und richterlichen Vernehmung über ihr Recht zu belehren<sup>714</sup>, s. §§ 161a Abs. 1 S. 2, 163 Abs. 3 S. 1 StPO.

Der Verzicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht muss ausdrücklich erklärt werden<sup>715</sup>. Der Zeuge kann von dem Verzicht zurücktreten und dies auch im Laufe einer Vernehmung, s. § 52 Abs. 3 S. 2 StPO. Die Vorschrift des § 52 StPO wird von § 252 StPO ergänzt<sup>716</sup>, wonach die Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen, der erst in der Verhandlung

---

<sup>711</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, Vor § 48 Rn 13; Ragnarsson, Das Zeugnisverweigerungsrecht der Angehörigen des Beschuldigten, S. 13.

<sup>712</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 52 Rn 1.

<sup>713</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 52 Rn 6, 7.

<sup>714</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 209 ff.

<sup>715</sup> Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 253; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 214.

<sup>716</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 52 R 1.

von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, nicht verlesen werden darf. Für die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung einer Zeugenvernehmung gilt § 252 StPO entsprechend, s. § 255a StPO. Zudem ist herrschende Meinung, dass § 252 StPO ebenso die Anhörung der Vernehmungsbeamten als Zeugen vom Hörensagen verbietet<sup>717</sup>. Eine Ausnahme von dem Verlesungsverbot wird im Rahmen einer richterlichen Vernehmung anerkannt<sup>718</sup>. Wurde der Zeuge jedoch nicht ordnungsgemäß über sein Recht belehrt, so bleibt die Aussage unverwertbar, wenn er in der Hauptverhandlung von seinem Verweigerungsrecht Gebrauch macht<sup>719</sup>. Entscheidet sich der Zeuge jedoch für eine Aussage, muss er die Wahrheit sagen, s. § 57 S. 1 StPO.

Die Belehrungs- und Verwertungsregeln der §§ 52, 252 StPO zeigen, dass dem Schutz der persönlichen Zeugnisverweigerungsrechte ein hoher Stellenwert in der Strafprozessordnung zukommt<sup>720</sup>, der maßgeblich auf Art. 6 GG sowie Art. 8 EMRK beruht (Schutz der Ehe und Familie als Ausfluss des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens<sup>721</sup>).

Das Gesetz sieht des Weiteren Zeugnisverweigerungsrechte für Berufsheimlichkeitspflichtige vor, s. §§ 53, 53a StPO. Die Ausübung solcher Berufe besteht in der Wahrung der Vertraulichkeit. Dieses Vertrauensverhältnis wird dadurch geschützt, dass Berufsheimlichkeitspflichtige das Zeugnis über Informationen, die ihnen in ihrer beruflichen Funktion mitgeteilt wurden, verweigern dürfen, außer sie wurden von ihrer Verschwiegenheitsverpflichtung entbunden, s. § 53 Abs. 2 StPO<sup>722</sup>. Darüber hinaus wird der Berufsheimlichkeitspflicht dadurch Rechnung getragen, dass gewisse Ermittlungsmaßnahmen vollständig untersagt oder einer besonderen

---

<sup>717</sup> S. nur BGH, Urt. v. 12.02.2004, Az.: 3 StR 185/03 – hrr-strafrecht; BGH, Urt. v. 24.04.2003, Az.: 3 StR 181/02; Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 252 Rn 13.

<sup>718</sup> BGH, Beschl. v. 15.06.2016, Az.: GSST 1/16; BGH, Beschl. v. 14.01.2015, Az.: 1 ARs 21/14; BGH, Beschl. v. 04.06.2014, Az.: 2 StR 656/13 (Anfrageverfahren an Großen Senat) – hrr-strafrecht; Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 252 Rn 14.

<sup>719</sup> BGH, Urt. v. 28.05.2003, Az.: 2 StR 445/02 – hrr-strafrecht; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 06.02.2008, Az.: Ss 70/07 – openjur; Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 254; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 413.

<sup>720</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 52 Rn 1; Percic, in MK, § 52 Rn 1.

<sup>721</sup> BGH, Urt. v. 20.12.2012, Az.: 3 StR 117/12 – freecases.eu; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, S. 288 ff.

<sup>722</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 53 Rn 1.

Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen sind, s. § 160a StPO<sup>723</sup>. Die Ermittlungsbeamten sind mithin in ihren Ermittlungsbefugnissen beschränkt<sup>724</sup>.

Erfasst sind:

- Geistliche;
- Verteidiger des Beschuldigten;
- Rechtsanwälte und sonstige Mitglieder einer Rechtsanwaltskammer, Patentanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer, Steuerberater und Steuerbevollmächtigte, Ärzte, Zahnärzte, psychologische Psychotherapeuten, Kinder- und Jugendpsychotherapeuten, Apotheker und Hebammen;
- Mitglieder oder Beauftragte einer anerkannten Beratungsstelle nach den §§ 3 und 8 des Schwangerschaftskonfliktgesetzes;
- Berater für Fragen der Betäubungsmittelabhängigkeit in einer anerkannten Beratungsstelle;
- Mitglieder des Deutschen Bundestages, der Bundesversammlung, des Europäischen Parlaments aus der Bundesrepublik Deutschland oder eines Landtages;
- Personen, die bei der Vorbereitung, Herstellung oder Verbreitung von Druckwerken, Rundfunksendungen, Filmberichten oder der Unterrichtung oder Meinungsbildung dienenden Informations- und Kommunikationsdiensten berufsmäßig mitwirken oder

---

<sup>723</sup> Bertheau, StV, 2012, S. 303.

<sup>724</sup> Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 252, 253.

mitgewirkt haben, wobei der Umfang des Zeugnisverweigerungsrechts in S. 2, 3 und Abs. 2 S. 2, 3 weiter konkretisiert wird.

§ 53a StPO ergänzt diese Vorschrift, so dass auch die Berufshelfer der in § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 4 StPO genannten Personen dem Zeugnisverweigerungsrecht unterfallen.

Die Personen, die trotz ihrer Verschwiegenheitspflicht aussagen, machen sich gem. § 203 StGB strafbar, außer sie wurden von ihrer Verschwiegenheitspflicht entbunden<sup>725</sup>. Ihre Aussage kann trotz der Strafbarkeit der Handlung verwertet werden<sup>726</sup>.

### *(2) Auskunftsverweigerungsrecht*

Jeder Zeuge kann wie schon oben gesehen die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihm selbst oder einem der in § 52 Abs. 1 bezeichneten Angehörigen die Gefahr zuziehen würde, wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden, s. § 55 Abs. 1 StPO. Das Auskunftsverweigerungsrecht entspricht dem Recht einer jeden Person, sich nicht selbst beschuldigen zu müssen („nemo tenetur“-Grundsatz)<sup>727</sup>. Dieser Grundsatz stellt eine Kerngarantie des deutschen<sup>728</sup> und europäischen<sup>729</sup> Strafverfahrens dar. Der Zeuge kann sich auf das Auskunftsverweigerungsrecht berufen, wenn aufgrund konkreter Tatsachen eine Verfahrenseinleitung droht<sup>730</sup>. Ob eine solche konkrete Gefahr gegeben ist, hat das Vernehmungsorgan zu beurteilen<sup>731</sup>. Dabei kann auch die Gefahr einer ausländischen Strafverfolgung zur Auskunftsverweigerung berechtigen<sup>732</sup>.

---

<sup>725</sup> Habschick, Erfolgreich Vernehmen, S. 360.

<sup>726</sup> Percic, in MK, § 53 Rn 6.

<sup>727</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 55 Rn 1; Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 253; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 214; Ahlbrecht/Börger, ZIS, 2008, S. 219.

<sup>728</sup> Es resultiert aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, s. nur BVerfG, Beschl. v. 06.09.2016, Az.: 2 BvR 890/16 – hrr-strafrecht (mwN Rn 34).

<sup>729</sup> Ausfluss des fair trial – Grundsatzs aus Art. 6 EMRK, s. nur EGMR, Urt. v. 16.06.2015, Nr. 41269/08, Schmid-Laffer c/Schweiz (mwN Rn 37); Urt. v. 11.07.2006, Nr. 54810/00, Jalloh c/ Deutschland; Urt. v. 05.11.2002, Nr. 48539/99, Allan c/ Vereinigtes Königreich – hudoc.

<sup>730</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 55 Rn 7.

<sup>731</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 55 Rn 7.

<sup>732</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 55 Rn 7b; Ahlbrecht/Börger, ZIS, 2008, S. 218, 219.

### bbb) Ausnahmen von der Eidespflicht

Die StPO kennt sowohl ein Eidesverbot als auch –verweigerungsrecht. Dem Eidesverbot gem. § 60 StPO unterfallen Personen, die zur Zeit der Vernehmung das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben oder die wegen mangelnder Verstandesreife oder wegen einer psychischen Krankheit oder einer geistigen oder seelischen Behinderung vom Wesen und der Bedeutung des Eides keine genügende Vorstellung haben (Nr. 1) oder bei Personen, die der Tat, welche den Gegenstand der Untersuchung bildet, oder der Beteiligung an ihr oder der Datenhehlerei, Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei verdächtig oder deswegen verurteilt sind (Nr. 2). Das Eidesverbot schützt nicht den Zeugen, sondern ist vielmehr der Erkenntnis geschuldet, dass der Eid in solchen Fällen nicht zur Erhöhung des Beweiswerts geeignet ist<sup>733</sup>.

Dem Eidesverweigerungsrecht gem. § 61 StPO unterliegen die Angehörigen iSv § 52 Abs. 1 StPO. Sie können den Eid entweder verweigern oder leisten und sich den strafrechtlichen Risiken aussetzen. Über ihr Eidesverweigerungsrecht sind sie zu belehren, s. § 61 HS 2 StPO.

### ccc) Recht auf anwaltlichen Beistand

§ 68b Abs. 1 S. 1 StPO besagt, dass Zeugen sich eines anwaltlichen Beistands bedienen können<sup>734</sup>, dem dann die Anwesenheit während einer Vernehmung gestattet ist, außer seine Anwesenheit würde die Beweiserhebung nicht nur unwesentlich beeinträchtigen, s. § 68b Abs. 1 S. 2, 3 StPO.

### dd) Rechte des Beschuldigten während einer Zeugenvernehmung

Wird ein Zeuge von einem Ermittlungsrichter vernommen, so ist dem Beschuldigten und dessen Verteidiger die Anwesenheit gestattet, s. § 168c Abs. 2 StPO. Sie sind über die Vernehmung,

---

<sup>733</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 60 Rn 8.

<sup>734</sup> Die §§ 395 Abs. 2, 397a, 406g StPO sehen zudem bestimmte Regelungen für den Nebenkläger, § 406f StPO eine besondere Regelung für den nicht nebenklageberechtigten Verletzten vor.

sowie Ort und Datum zu benachrichtigen, sofern dies nicht den Untersuchungserfolg gefährdet, s. § 168c Abs. 5 StPO.

## b) Frankreich

Die französische Rechtsordnung sieht während der „phase d'enquête“ sowie der „information“ unterschiedliche Regelungen für eine Zeugenvernehmung vor.

### aa) „information“

Der „juge d'instruction“ hat ab Eröffnung einer „information“ einen weiten Spielraum hinsichtlich der Wahl und Anordnung von Ermittlungsmaßnahmen. So sieht Art. 81 CPP vor:

*« Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. Il instruit à charge et à décharge. (...) »*

Auf Grundlage dieser Generalermächtigungsklausel kann er Zeugenvernehmungen anordnen. Zudem kann der zuständige Staatsanwalt die Anordnung von Ermittlungsmaßnahmen, die ihm zur Wahrheitsermittlung notwendig erscheinen, verlangen, s. Art. 82 CPP. Die Artt. 101 - 113 CPP enthalten sodann Verfahrensvorschriften bezüglich der Zeugenvernehmung.

### aaa) Begriff des Zeugen und der Zeugenvernehmung

Das Gesetz enthält keine Legaldefinition des Zeugen. In Art. 105 CPP findet sich lediglich eine Negativumschreibung, wonach eine Person, gegen die eine „mise en examen“ einzuleiten ist, nicht mehr als Zeuge gehört werden kann. Der CPP kennt auch den „témoin assisté“, wobei es sich trotz der sprachlichen Fassung nicht um einen Zeugen, sondern Beschuldigten („accusé“) iSv Art. 6 EMRK handelt. Eine Person ist immer dann als Zeuge zu hören, wenn sich die „information“ nicht gegen sie richtet und sie aufgrund eigener Wahrnehmungen zur Wahrheitsermittlung beitragen kann<sup>735</sup>.

Eine Besonderheit des französischen Rechts besteht darin, dass das Opfer als

---

<sup>735</sup> Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, Paris, 2016 („témoin“); Giacobelli/Joseph-Ratineau, Répertoire de droit pénal et procédure pénale, Témoin, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2017, § 2.

„partie civile“ nicht als Zeuge, sondern als Verfahrenspartei mit besonderen Rechten vernommen wird, s. Art. 89-1 CPP.

Der Zeuge wird in einer so genannten „audition du témoin“ gehört. Hiervon zu unterscheiden sind solche Befragungen, die allein der Vorbereitung des anstehenden Verfahrens sowie der Wahl der vorzunehmenden Ermittlungsmaßnahmen dienen („renseignements“). Die Zeugenvernehmung ist stets in einem Vernehmungsprotokoll („procès-verbal“) festzuhalten, das von dem Zeugen, dem vernehmenden Richter und einem Urkundsbeamten unterzeichnet werden muss, s. Artt. 106, 107 Abs. 2 CPP<sup>736</sup>. Wird gegen diese Vorschriften verstoßen, gilt das Protokoll als nicht vorgenommen. Zudem dürfen die Protokolle keine Zwischenräume enthalten. Streichungen und Verweise müssen von den Vernehmungsteilnehmern genehmigt werden, sonst gelten sie als nicht vorgenommen, s. Art. 107 Abs. 1 CPP.

#### bbb) Pflichten des Zeugen

Im Rahmen einer „information“ trifft den Zeugen die Pflicht zu erscheinen, auszusagen und einen Eid zu leisten.

Der Zeuge ist verpflichtet zu der Zeugenvernehmung zu erscheinen, s. Art. 109 Abs. 1 CPP. Falls sich ein Zeuge dieser Pflicht widersetzt, kann der Untersuchungsrichter die Anordnung von Zwangsmitteln bei dem zuständigen Staatsanwalt beantragen, s. Art. 109 Abs. 3 CPP.

Des Weiteren trifft den Zeugen die Pflicht auszusagen, s. Art. 109 CPP. Diese Aussagepflicht besteht, soweit nicht die Artt. 226-13 und 226-14 CP etwas anderes regeln (s. Art. 109 Abs. 1 CPP). Art. 226-13 CP begründet eine Strafbarkeit für Personen, die eine geheime Information, die sie in ihrer öffentlichen oder beruflichen Stellung erlangt haben, preisgeben. Sie sind daher nicht zu einer Aussage verpflichtet. Art. 226-14 CP bestimmt, wann eine Geheimnispreisgabe ausnahmsweise gesetzlich erlaubt ist, wobei nur wenige Ausnahmen von Art. 226-13 CP existieren (z.B. Unterrichtung der Justizbehörden über eine Genitalverstümmelung bei einem Minderjährigen, vgl. Art. 226-14 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 CP).

---

<sup>736</sup> Crim., Urt. v. 13.11.1968, Nr. 68-91.578, Bull. crim. Nr. 294 (fehlende Unterschrift auf einem „procès-verbal de confrontation“); Pradel, Procédure pénale, Cujas, Paris, 2017, S. 477.



Bestimmte Berufsheimnisträger gelten demnach als „zeugnisunfähig“ aufgrund einer absoluten Geheimhaltungspflicht (sog. „*incompatibilité de témoigner des personnes liées à un secret absolu*“<sup>737</sup>)<sup>738</sup>.

Das französische Recht kennt eine Vielzahl von solchen Berufsheimnisträgern, wobei sich diese Eigenschaft entweder aus dem Gesetz ergibt oder von der Rechtsprechung entwickelt wurde. Hierunter fallen:

- der Verteidiger der verdächtigen Person<sup>739</sup>;
- Anwälte<sup>740</sup>;
- Ärzte, selbst wenn der Patient diese von der Schweigepflicht entbunden hat<sup>741</sup> (s. auch Art. R4127-4 Code de la santé publique), sowie Hebammen, Zahnärzte, Apotheker, Krankenpfleger, Physiotherapeuten, Tierärzte und ihre Helfer<sup>742</sup>;
- Geistliche<sup>743</sup>;
- Gerichtsvollzieher<sup>744</sup>;
- Notare (es handelt sich jedoch um keine absolute Schweigepflicht; die Pflicht bezieht sich nur auf solche Informationen, die ausdrücklich in Verschwiegenheit und dem Notar

---

<sup>737</sup> Valat, JurisClasseur Procédure pénale, Audition des témoins, LexisNexis, Paris, 2016, Fasc. 20, Rn 36.

<sup>738</sup> Grimaldi, in La preuve, Bruylant/LB2V, Bruxelles/Saint-Germain-en-Laye, 2013, S. 192, 193; Verny, La notion de secret professionnel, RDSS, 2015, S. 395 ff.

<sup>739</sup> Crim., Urt. v. 07.03.1989, Nr. 87-90.500, Bull. crim. Nr. 109; Giacomelli/Joseph-Ratineau, Répertoire de droit pénal et procédure pénale, Témoin, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2017, § 2; Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité de procédure pénale, Economica, Paris, 2015, S. 437; Doyez, Avocat et secret professionnel, AJ Pénal, 2004, S.144.

<sup>740</sup> Crim., Urt. v. 07.03.1989, Nr. 87-90500, Bull. crim. Nr. 109; Valat, JurisClasseur Procédure pénale, Audition des témoins, LexisNexis, Paris, 2016, Fasc. 20, Rn. 39.

<sup>741</sup> Giacomelli/Joseph-Ratineau, Répertoire de droit pénal et procédure pénale, Témoin, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2017, § 2; Valat, JurisClasseur Procédure pénale, Audition des témoins, LexisNexis, Paris, 2016, Fasc. 20, Rn 37.

<sup>742</sup> Ghica-Lemarchand, La responsabilité pénale de la violation du secret professionnel, RDSS, 2015, S. 419.

<sup>743</sup> Giacomelli/Joseph-Ratineau, Répertoire de droit pénal et procédure pénale, Témoin, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2017, § 2; Wild, Die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht, S. 77.

<sup>744</sup> Giacomelli/Joseph-Ratineau, Répertoire de droit pénal et procédure pénale, Témoin, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2017, § 2; Valat, JurisClasseur Procédure pénale, Audition des témoins, LexisNexis, Paris, 2016, Fasc. 20, Rn. 39.

in dieser Funktion mitgeteilt wurden)<sup>745</sup>;

- Sozialarbeiter, wenn sie nicht gerichtlich beauftragt wurden<sup>746</sup>;
- Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchhalter sowie deren Gehilfen<sup>747</sup>;
- ein Journalist hinsichtlich seiner Quellen (s. Art. 109 Abs. 2 CPP)<sup>748</sup>.

Den Ermittlungsbehörden ist es untersagt die Personen, die einer absoluten Verschwiegenheitspflicht unterliegen, als Zeugen zu vernehmen<sup>749</sup>. Die Aussage eines dennoch vernommenen Berufsheimnisträgers ist nichtig<sup>750</sup>.

Das Gesetz kennt auch relative Geheimhaltungspflichten von Berufsheimnisträgern. In diesen Fällen sind sie aber nicht von der Aussagepflicht des Art. 109 Abs. 1 CPP befreit<sup>751</sup>. Das Gesetz sieht dann teilweise explizit vor, dass ein Berufen auf die Verschwiegenheitspflicht im Rahmen eines Strafverfahrens ausgeschlossen ist („(...) *ne peut être opposé à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale*“, s. z.B. Art. L511-33 Abs. 2 Code monétaire et financier<sup>752</sup>). Eine relative Geheimhaltungspflicht trifft beispielsweise Sonderpädagogen<sup>753</sup> (sog. „*éducateurs de mineurs délinquants ou de jeunes inadaptés*“) und Bewährungshelfer<sup>754</sup>.

Das Gesetz kennt neben der absoluten Berufsheimnispflicht keine Ausnahmen von der Aussagepflicht. Angehörige der verdächtigen Person, dessen Ehegatte oder andere Personen,

---

<sup>745</sup> Giacomelli/Joseph-Ratineau, Répertoire de droit pénal et procédure pénale, Témoin, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2017, § 2.

<sup>746</sup> Valat, JurisClasseur Procédure pénale, Audition des témoins, LexisNexis, Paris, 2016, Fasc. 20, Rn 41.

<sup>747</sup> Valat, JurisClasseur Procédure pénale, Audition des témoins, LexisNexis, Paris, 2016, Fasc. 20, Rn 41.

<sup>748</sup> Giacomelli/ Joseph-Ratineau, Répertoire de droit pénal et procédure pénale, Témoin, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2017, § 2; Bonfils, Loi n°2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes, RSC, 2010, S. 457.

<sup>749</sup> Crim., Urt. v. 05.06.1985, Nr. 85-90.322, Bull. crim. Nr. 218 - legifrance; Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité de procédure pénale, Economica, Paris, 2015, S. 1010.

<sup>750</sup> Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité de procédure pénale, Economica, Paris, 2015, S. 1010; Saint-Pierre, Pratique de défense pénale : Droit, histoire, stratégie, LGDJ, Lextenso, 2018, § II.

<sup>751</sup> Giacomelli/Joseph-Ratineau, Répertoire de droit pénal et procédure pénale, Témoin, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2017, § 2.

<sup>752</sup> Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité de procédure pénale, Economica, Paris, 2015, S. 1011.

<sup>753</sup> Hennion-Moreau, Le licenciement d'un éducateur pour dénonciation de faits délictueux, Droit social, 1996, S. 150.

<sup>754</sup> Ghica-Lemarchand, La responsabilité pénale de la violation du secret professionnel, RDSS, 2015, S. 419.

die in einem besonderen Näheverhältnis zu der verdächtigen Person stehen, können sich nicht auf ein Aussageverweigerungsrecht berufen<sup>755</sup>. Die zivilrechtliche Vorschrift des Art. 205 Abs. 2 Code de procédure civile (iF CPC), wonach Angehörige im Rahmen eines Scheidungsverfahrens unter gewissen Umständen nicht als Zeugen gehört werden dürfen, kann aufgrund des Grundsatzes der freien Beweisführung („*la liberté de la preuve*“)<sup>756</sup> nicht auf das Strafverfahren übertragen werden<sup>757</sup>. Auf diese Vorschrift wird in Abschnitt ccc) noch näher einzugehen sein.

Der Zeuge hat zudem die Pflicht, vor seiner Aussage einen Eid zu leisten, s. Art. 109 CPP. Der Eid lautet gem. Art. 103 S. 1 CPP: „*Les témoins prêtent serment de dire toute la vérité, rien que la vérité.*“ (sinngemäß: Die Zeugen schwören die Wahrheit und nichts als die Wahrheit zu sagen.). Der Eid kann dabei von dem Untersuchungsrichter oder von dem OPJ, der im Rahmen einer „*commission rogatoire*“ für den Untersuchungsrichter tätig wird, abgenommen werden, s. Art. 103 iVm Art. 152 Abs. 1 CPP.

Von der Pflicht einen Eid zu leisten ist der „*témoïn assisté*“ befreit, s. Art. 113-7 CPP. Auch ein minderjähriger Zeuge unter 16 Jahren kann nicht vereidigt werden, s. Art. 108 CPP. Weitere Eidesverbote kennt das französische Recht nicht.

Der Zeuge, der gegen seine Zeugenpflichten verstößt, macht sich gem. Art. 434-15-1 CP (iVm Art. 153 Abs. 2 CPP) strafbar. Diese Vorschrift sieht eine Geldstrafe von 3.750 EUR vor.

Die Person, die gegenüber einem Untersuchungsrichter oder einem von diesem beauftragten Polizisten einen Eid leistet und falsch aussagt, macht sich gem. Art. 434-13 CP<sup>758</sup> strafbar, der

---

<sup>755</sup> Giacomelli/Joseph-Ratineau, Répertoire de droit pénal et procédure pénale, Témoin, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2017, § 2; Pradel, Droit pénal comparé, Dalloz, Paris, 2016, S. 379, 380; Bombled, Obligation de témoigner contre son concubin : conformité à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme - Dalloz Actualité; Pradel, Introduction (les investigations policières), Einleitung (Die polizeilichen Ermittlungen), in Leblois-Happe, Les investigations policières, Die polizeilichen Ermittlungen, Presses universitaires de Marseille, 2012, S. 13, 14.

<sup>756</sup> Kühne, Strafprozessrecht, S. 754.

<sup>757</sup> Crim., Urt. v. 02.06.2015, Nr. 14-85130, Bull. crim. Nr. 136, obs. Rousseau, La Semaine Juridique, LexisNexis, Paris, 2015, S. 1681.

<sup>758</sup> Der Untersuchungsrichter als „*juridiction d'instruction du premier degré*“, s. Art. 79 CPP, unterfällt dem Anwendungsbereich der Artt. 434-13 CP („*Le témoignage mensonger fait devant toute juridiction ou devant un officier de police judiciaire agissant en exécution d'une commission rogatoire est puni de cinq ans*

eine Freiheitsstrafe von 5 Jahren und eine Geldstrafe von 75.000 EUR vorsieht. Art. 434-14 CP enthält eine Qualifikation („circonstances aggravantes“), wonach die Falschaussage für eine Gegenleistung oder im Rahmen eines Strafverfahrens, das der Aufdeckung eines Verbrechens dient, mit einer Freiheitsstrafe von 7 Jahren und einer Geldstrafe von 100.000 EUR belegt ist.

Im Umkehrschluss macht sich derjenige, der keinen Eid leistet aber falsch aussagt, nicht gem. Art. 434-13 oder Art. 434-14 CP strafbar; jedoch muss er eine Geldstrafe zahlen, s. Art. 434-15-1 CP.

Der Eid dient der Stärkung der Glaubwürdigkeit des Zeugen („*sincérité du témoin*“<sup>759</sup>) und der Glaubhaftigkeit seiner Aussage<sup>760</sup>. Eine Zeugenaussage unter Eid hat einen höheren Beweiswert als eine Aussage ohne Eid. Damit erklärt sich auch die hohe Strafdrohung in Artt. 434-13, 434-14 CP<sup>761</sup>.

ccc) Vereinbarkeit der französischen Vorschriften mit den Vorgaben der EMRK

Die obigen Ausführungen werfen in mehrfacher Hinsicht die Frage auf, ob die französischen Vorschriften mit den Vorgaben der EMRK konform sind.

*(1) Vereinbarkeit des französischen Rechts mit Art. 6 EMRK - Eidespflicht der verdächtigen Person*

Mit Blick auf die gesetzlichen Vorschriften der Artt. 80-1 ff. CPP stellt sich die Frage, ob die Person, die der Straftat, aufgrund derer die „information“ eröffnet wurde, verdächtig ist, eidlich aussagen muss. Das Gesetz sieht außer für die Person, die „mise en examen“ ist (Art. 105 CPP), den "témoin assisté", der von der Eidespflicht gem. Art. 113-7 CPP befreit ist, und die Person, die sich in Untersuchungshaft befindet, s. Art. 153 Abs. 3 CPP, keine Ausnahme von der

---

*d'emprisonnement et de 75.000 euros d'amende.*“): Fourment, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Faux témoignage, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2014, § 2.

<sup>759</sup> Giacomelli/Joseph-Ratineau, Répertoire de droit pénal et procédure pénale, Témoin, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2017, § 2, S. 95.

<sup>760</sup> Mayaud, La crédibilité, critère du mensonge punissable en droit pénal, AJ Pénal, 2008, S. 111.

<sup>761</sup> Giacomelli/Joseph-Ratineau, Répertoire de droit pénal et procédure pénale, Témoin, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2017, § 2, S. 95.

Auskunfts- und Eidespflicht vor. Im Umkehrschluss würde sich eine verdächtige Person dann, wenn sie unter Eid falsch aussagen würde, strafbar machen.

Wie oben gesehen ist jedoch nunmehr anerkannt, dass eine Person bezüglich derer nach Aktenlage die Möglichkeit besteht, dass sie eine Straftat begangen oder daran teilgenommen hat, nicht mehr als einfacher Zeuge gehört werden kann, so dass sie auch keine Aussage- oder Eidespflichten mehr treffen<sup>762</sup>. In diesem Zusammenhang ist auch auf eine Entscheidung des „Conseil Constitutionnel“ vom 4. November 2016<sup>763</sup> hinzuweisen. Dieser hatte über die Verfassungsmäßigkeit des Art. 113-7 CPP und Art. 153 Abs. 3 CPP zu entscheiden. Ausgangspunkt war dabei, dass diese Vorschriften zwar ein Verbot der Eidespflicht statuieren, jedoch keine „nullité“<sup>764</sup> nach französischem Recht (s.a. Art. 802 CPP) im Falle einer ordnungswidrigen Vereidigung vorsahen. Eine so gewonnene Aussage konnte weiterhin gegen die Person verwertet werden. Der „Conseil Constitutionnel“ sah damit das Schweigerecht und die Selbstbelastungsfreiheit der verdächtigen Person als verletzt an und befand die Vorschriften des CPP aufgrund der fehlenden Anordnung der Nichtigkeit für verfassungswidrig<sup>765</sup>.

Diese Entscheidung ist in mehreren Hinsichten von großer Bedeutung. Zunächst erkennt der „Conseil Constitutionnel“ mit dieser Entscheidung zum ersten Mal offiziell das Schweigerecht der verdächtigen Person an<sup>766</sup>. Zudem wird höchstinstanzlich festgehalten, dass eine Person, hinsichtlich derer nach Aktenlage die Möglichkeit besteht, dass sie eine Straftat begangen oder daran teilgenommen hat, nicht mehr als einfacher Zeuge gehört werden kann<sup>767</sup>. Damit wird die

---

<sup>762</sup> Crim., Urt. v. 07.02.2017, Nr. 16-84353 – legifrance; Copain, *Le silence du mis en cause au cours de la phase préparatoire du procès pénal en droit français*, Les cahiers de droit, Québec, 2015, S. 339; Gallois, *L'atteinte au droit constitutionnel de se taire par l'exclusion légale d'une nullité de procédure pénale*, Recueil Dalloz, 2017, S. 395.

<sup>763</sup> Cons. const., QPC v. 04.11.2016, Nr. 2016-594, JORF, Nr. 30 v. 06.11.2016.

<sup>764</sup> Das Gesetz unterscheidet zwischen einer gesetzlich angeordneten Nichtigkeit und einer Nichtigkeit aufgrund eines substantiellen Verfahrensverstößes, der im Umkehrschluss im Ermessen des zuständigen Gerichts liegt, s. Art. 802 CPP (« *nullité textuelle / nullité substantielle* »).

<sup>765</sup> Cons. const., QPC v. 04.11.2016, Nr. 2016-594, JORF, Nr. 30 v. 06.11.2016.

<sup>766</sup> Gallois, *L'atteinte au droit constitutionnel de se taire par l'exclusion légale d'une nullité de procédure pénale*, Recueil Dalloz, 2017, S. 395.

<sup>767</sup> Gallois, *L'atteinte au droit constitutionnel de se taire par l'exclusion légale d'une nullité de procédure pénale*, Recueil Dalloz, 2017, S. 395.

Rechtsprechung des EGMR und des französischen Kassationsgerichtshofs<sup>768</sup> auch durch den „Conseil Constitutionnel“ bestätigt.

Des Weiteren wird festgestellt, dass ein Beschuldigter nicht verpflichtet werden darf auszusagen oder einen Eid zu leisten. Das Gesetz muss die so gewonnene Aussage sogar ausdrücklich als nichtig befinden<sup>769</sup>. Mithin wird der Gesetzgeber in die Pflicht genommen hinreichende gesetzliche Schutzmechanismen für die Rechte des Beschuldigten vorzusehen. Aufgrund dieses Appells an den Gesetzgeber ist in Zukunft mit Änderungen der Vorschriften des CPP beziehungsweise mit weiteren Anfragen an den „Conseil Constitutionnel“ zu rechnen.

#### *(2) Vereinbarkeit des französischen Rechts mit Art. 6 EMRK - Eidespflicht des tatbeteiligten Zeugen*

Von dem Fall des „offiziell“ Beschuldigten, der einer Eides- und Aussagepflicht wie oben gesehen nicht unterliegt, ist der Fall des Zeugen, dessen Tatbeteiligung den Ermittlungsbehörden nicht bekannt ist, zu unterscheiden. Dieser Zeuge unterliegt der allgemeinen Aussage- und Eidespflicht aus Art. 109 CPP. Fraglich ist, ob dies eine Verletzung seines Rechts, sich nicht selbst belasten zu müssen, begründet.

In der französischen Literatur wird in der allgemeinen Eidespflicht kein Verstoß gegen Art. 6 EMRK gesehen. Art. 109 CPP stelle vielmehr eine Ordnungsvorschrift dar<sup>770</sup>. Diese Ansicht wurde auch von dem EGMR im Jahre 1997 bestätigt<sup>771</sup>. Zwar befindet sich der Zeuge, der sich mit einer wahrheitsgemäßen Aussage selbst beschuldigen würde, in einem Dilemma; entweder verweigert er den Eid und riskiert eine Geldstrafe oder er leistet den Eid und sagt falsch aus oder er leistet den Eid und sagt aufgrund der dadurch entstandenen Zwangssituation wahrheitsgemäß gegen sich selbst aus. Jedoch sei die Vorschrift, die einen Zeugen zu einer eidlichen Aussage verpflichte, nicht darauf gerichtet die Beschuldigtenrechte zu konterkarieren und zu einer Aussage zu zwingen, sondern die wahrheitsgemäße Aussage von Zeugen zu

---

<sup>768</sup> S. nur Crim., Urt. v. 07.02.2017, Nr. 16-84353 – legifrance.

<sup>769</sup> Gallois, L'atteinte au droit constitutionnel de se taire par l'exclusion légale d'une nullité de procédure pénale, Recueil Dalloz, 2017, S. 395.

<sup>770</sup> Roets, Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, AJ Pénal, 2008, S. 119.

<sup>771</sup> EGMR, Beschl. v. 20.10.1997, Nr. 20225/92, Serves c/Frankreich - hudoc.

fördern. Mithin zielen solche Vorschriften nicht darauf ab das Schweigen einer verdächtigen Person zu brechen. Zudem werde der Eid zeitlich vor der eigentlichen Aussage geleistet, so dass zu diesem Zeitpunkt (noch) keine Selbstbelastung stattgefunden habe.

Die Aussage einer ordnungsgemäß als Zeuge gehörten Person, die unter dem Eindruck des Eides wahrheitsgemäß gegen sich selbst aussagt, kann folglich gegen diese verwertet werden, auch wenn sie keine Kenntnis von der Selbstbelastungsfreiheit hatte<sup>772</sup>.

Fraglich ist jedoch, ob Art. 6 EMRK dadurch verletzt wird, dass ein Zeuge nach französischem Recht nicht verdachtsunabhängig über sein Recht, nicht gegen sich selbst aussagen zu müssen, belehrt wird.

Auch hierzu hat der EGMR schon mehrfach Stellung nehmen können<sup>773</sup>. Demnach ergebe sich eine solche allgemeine Belehrungspflicht nicht aus Art. 6 EMRK und dem Recht auf ein faires Verfahren, obwohl das Schweigerecht den Dreh- und Angelpunkt eines fairen Verfahrens darstelle. Die Belehrungspflicht sei kein absolutes Recht<sup>774</sup>, sondern entstehe erst im Rahmen einer Beschuldigtenvernehmung<sup>775</sup>.

Diese Ansicht wurde von der französischen Literatur teils kritisch aufgenommen, da doch erst die Belehrung die effektive Geltendmachung das Schweigerecht des Beschuldigten ermögliche<sup>776</sup>. Andere Vertreter hingegen sehen keinen Konflikt mit den Vorschriften der

---

<sup>772</sup> Desportes/Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, Paris, 2015, S. 442. Ebenso kann eine Verurteilung auf Unterlagen gestützt werden, die eine Person auf Anfrage der Ermittlungsbehörden freiwillig herausgegeben hat und mit denen sie sich selbst belastet, s. S. 444, 445; s.a. Crim., Urt. v. 06.11.2007, Nr. 07-80031, Bull. crim. Nr. 265.

<sup>773</sup> EGMR, Urt. v. 13.09.2016, Nr. 50541/08, 50571/08, 50573/08, 40351/09, Ibrahim u.a. c/ Großbritannien; EGMR, Urt. v. 29.06.2007, Nr. 15809/02, 25624/02, Folgero u.a. c/Norwegen; EGMR, Beschl. v. 21.12.2000, Nr. 34720/97, Heaney und Mc Guinness c/ Irland; EGMR Urt. v. 18.02.1996, Nr. 18731/91, John Murray c/Vereinigtes Königreich - hudoc.

<sup>774</sup> EGMR, Urt. v. 13.09.2016, Nr. 50541/08, 50571/08, 50573/08, 40351/09, Ibrahim u.a. c/ Großbritannien; EGMR, Urt. v. 29.06.2007, Nr. 15809/02, 25624/02, Folgero u.a. c/Norwegen; EGMR, Beschl. v. 21.12.2000, Nr. 34720/97, Heaney und Mc Guinness c/ Irland; EGMR Urt. v. 18.02.1996, Nr. 18731/91, John Murray c/Vereinigtes Königreich - hudoc; Kühn, in Pabel/Schmahl, Art. 6 Rn 451.

<sup>775</sup> EGMR, Urt. v. 16.06.2015, Nr. 41269/08, Schmid-Laffer c/Schweiz; EGMR, Urt. v. 14.10.2010, Nr. 1466/07, Brusco c/Frankreich – hudoc; Lavric, *Notification du droit au silence et appréciation globale de l'équité*, AJ Pénal, 2016, S. 36 ff.

<sup>776</sup> Roets, *Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, AJ Pénal, 2008, S. 119 ff.; s.a. im Kontext von Art. 63-1 CPP: Crim., Urt. v. 26.10.2010, Nr. 10-81.956 – doctrinalis.fr.

EMRK<sup>777</sup>. Demnach werde eine Person entweder als Zeuge gehört, obwohl schon hinreichende Anhaltspunkte für eine Straftatbegehung und mithin für eine Stellung als Beschuldigter vorgelegen haben<sup>778</sup>. Ihre Aussage könne dann nicht mehr verwertet werden. Oder eine Person werde richtigerweise, mangels Verdachtsmomente, als Zeuge gehört. Stelle sich später heraus, dass die Person eigentlich Beschuldigte ist und während ihrer Zeugenvernehmung zum Selbstschutz falsch ausgesagt hat, könne sie strafrechtlich nicht verfolgt werden. Wenn die Person jedoch wahrheitsgemäß ausgesagt und sich selbst belastet hat, so fand dies im Rahmen einer zwanglosen Vernehmung („audition libre“) statt und könne demnach gegen sie verwertet werden<sup>779</sup>. Wiederum spielt der Begriff der „audition libre“ eine Rolle, die schon im Rahmen der Beschuldigtenvernehmung nach altem Recht wesentlich war: dem französischen Strafprozess liegt die Konzeption zugrunde, dass die „zwanglos verhörte“ Person keinen besonderen Schutz benötigt<sup>780</sup>. Im Zwischenergebnis bleibt festzuhalten, dass die französische Rechtsordnung keine dem § 55 Abs. 2 StPO vergleichbare Belehrungspflicht für einen Zeugen im Rahmen einer "information" vorsieht und damit den Vorgaben des EGMR entspricht.

### *(3) Vereinbarkeit des französischen Rechts mit Art. 6 EMRK - Eidespflicht des mitbeschuldigten Zeugen*

Im Falle, dass ein Verfahren gegen einen „témoin assisté“ abgetrennt wird, kann dieser wie oben gesehen im Verfahren gegen den beschuldigten Dritten als einfacher Zeuge gehört werden. Problematisch ist auch hier die Auskunftspflicht und Eidespflicht aus Art. 109 CPP. Der Art. 113-7 CPP, der die Vereidigung eines „témoin assisté“ verbietet, findet keine Anwendung

---

<sup>777</sup> DesportesLazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, Paris, 2015, S. 442.

<sup>778</sup> In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, wie es mit Blick auf die Wahrung der Beschuldigtenrechte erscheint, dass die Ermittlungsbehörden auch im Rahmen einer "information" eine Person, sobald gegen sie ein einfacher Verdacht der Begehung einer Straftat besteht und unabhängig davon, ob ein "réquisitoire introductif", eine "plainte", "des indices concordant ou graves" vorliegen, sie zumindest als "témoin assisté" und nicht als einfacher Zeuge gehört wird. Es wäre ratsam, eine entsprechende Vorschrift wie in Art. 62 Abs. 3 CPP auch in den Artt. 80 ff. CPP vorzusehen. Dies gilt auch mit Blick auf die schon gegen Frankreich ergangene Rechtsprechung in Sachen Brusco c/Frankreich, in der der Gerichtshof unterstreicht, dass eine formelle Vernehmung als Zeuge trotz des Vorliegens hinreichender Verdachtsmomente als Vernehmung eines Beschuldigten gehandhabt werden und den Anforderungen aus Art. 6 EMRK gerecht werden muss.

<sup>779</sup> DesportesLazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, Paris, 2015, S. 442.

<sup>780</sup> DesportesLazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, Paris, 2015, S. 442.



mehr.

Das französische Recht sieht in solchen Fällen jedoch vor, dass die Person nur zu Tatsachen, die nicht konnex zu den Tatsachen, die den Verdacht gegen sie selbst begründen, vernommen werden darf. Wird gegen diese Regel verstoßen, ist ihre Aussage unverwertbar. Darüber hinaus gilt ein Verfahrensabtrennungsverbot, wenn die Verfahren gegen die Beschuldigten eine Einheit bilden<sup>781</sup>. Damit wird die Selbstbelastungsfreiheit des Betroffenen hinreichend geschützt und eine Verletzung des Art. 6 EMRK nicht begründet.

*(4) Vereinbarkeit des französischen Rechts mit Art. 8 EMRK - Aussage- und Eidespflicht von Angehörigen*

Das französische Recht sieht während einer „information“ weder eine Ausnahme von der Aussage- oder Eidespflicht für Angehörige des Beschuldigten, noch andere ihm nahestehenden Personen (Verlobte/„*pacsé*“<sup>782</sup>/Eheleute) vor<sup>783</sup>. Eine Ausnahme von der Eidespflicht gilt erst im Rahmen der gerichtlichen Hauptverhandlung, vgl. Art. 335 CPP (Hauptverhandlung vor der „*Cour d’assises*“) und Art. 448 CPP (Hauptverhandlung vor dem „*Tribunal correctionnel*“). Artt. 335, 448 CPP zählen abschließend auf, wer von der Eidespflicht befreit ist. Weder der Verlobte, noch die Person „*pacsé*“ sind erfasst.

Die Aussagepflicht bleibt hingegen auch in der Hauptverhandlung bestehen<sup>784</sup>. Die Vernehmung findet dann in Form eines einfachen „*renseignement*“ iSv Art. 310 Abs. 3 CPP statt. Der Zeuge macht sich jedoch weder strafbar, wenn er nicht aussagt (Art. 434-15-1 CP findet nur im Rahmen der „information“ Anwendung), noch wenn er falsch aussagt, da Artt. 434-13, 434-14 CP eine eidliche Aussage voraussetzen.

Es ist in diesem Zusammenhang jedoch darauf hinzuweisen, dass das französische Recht

---

<sup>781</sup> Redon, Répertoire de droit pénal et procédure pénale, Enquête, témoin, attestation, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2016, Rn 341.

<sup>782</sup> PACS – pacte de solidarité: für hetero- als auch homosexuelle Lebensgemeinschaften, die durch einen offiziellen Akt vor einer französischen Behörde und dem Abschluss eines Vertrages begründet wird und besondere rechtliche Konsequenzen in erbrechtlicher, steuerrechtlicher, usw. Hinsicht hat, s. Artt. 515-1 ff. Code civil.

<sup>783</sup> Crim., Urt. v. 22.03.1983, Nr. 83-90.217, Bull. crim. Nr. 87 – *juricaf*; Pfefferkorn, Einführung in das französische Strafverfahren, S. 197.

<sup>784</sup> Crim., Urt. v. 26.01.2000, Nr. 99-82.979, Bull. crim. Nr. 43.

während der Hauptverhandlung keinen Unmittelbarkeitsgrundsatz iSv § 250 StPO kennt<sup>785</sup>. Die Verlesung des Protokolls einer Zeugenvernehmung, die während des Ermittlungsverfahrens angefertigt wurde, ist vor dem „Tribunal correctionnel“ die Regel, die persönliche Anhörung des Zeugen die Ausnahme<sup>786</sup>. Das Protokoll der Vernehmung gilt solange als wahr, bis das Gegenteil schriftlich oder per Zeugenbeweis bewiesen ist, s. Art. 432 CPP. Auch der Vorsitzende der „Cour d’assises“ kann die Protokolle aus dem Ermittlungsverfahren weitestgehend verlesen<sup>787</sup>. Folglich können Verurteilungen auf der Grundlage der Aussagen der Angehörigen des Angeklagten oder sonstiger ihm nahestehender Personen ergehen, die im Ermittlungsverfahren unter Eid aussagen mussten, ohne dass diese noch einmal persönlich und ohne die Pflicht einen Eid zu leisten gehört wurden.

Ferner kann es sein, dass die, dem Beschuldigten nahestehende, Person versucht sein könnte, im Ermittlungsverfahren unter Eid falsch auszusagen, um eine Verurteilung auf Grundlage ihrer Aussage zu verhindern. Falls diese Person in der Hauptverhandlung ohne Eid widersprüchliche Aussagen zu ihrer ersten Vernehmung macht, könnte dies die Ermittlungsbehörden dazu veranlassen ein Verfahren wegen Falschaussage gem. Artt. 434-13, 434-14 CP einzuleiten. Dies führt zu einer unterschiedlichen und widersprüchlichen Behandlung des angehörigen Zeugen im Ermittlungs- und Hauptverfahren. Fraglich ist daher, ob in solchen Fällen in der Praxis von einer Strafverfolgung des Angehörigen aufgrund der Falschaussage im Ermittlungsverfahren abgesehen wird.

Dies ist jedoch, wie ein Urteil des französischen Kassationsgerichtshofs vom 5. Februar 1980<sup>788</sup>, das mit Urteil vom 2. Juni 2015 bestätigt wurde<sup>789</sup>, zeigt, nicht der Fall. Den

---

<sup>785</sup> Dieses Prinzip ist in Frankreich gänzlich unbekannt. Jedoch gilt der Grundsatz des „kontradiktorischen“ („contradictoire“), wonach ein Beweismittel von allen Verfahrensbeteiligten diskutiert werden muss, s. Kühne, Strafprozessrecht, S. 753, 755; Barth/Koch, in Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands, S. 107, 108; Gleß, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, S. 65. Allgemeine Ausführungen zu dem Grundsatz der Unmittelbarkeit und dessen Zweck finden sich in Rolinski, in FS für Hans-Heiner Kühne, S. 297 ff.

<sup>786</sup> Gleß, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, S. 65.

<sup>787</sup> Barth, in Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa, S. 234.

<sup>788</sup> Crim., Urt. v. 05.02.1980, Nr. 79-90.936, Bull. crim. Nr. 47; Valat, JurisClasseur Procédure pénale, Audition des témoins, LexisNexis, Paris, 2016, Fasc. 20, Rn 24.

<sup>789</sup> Crim., Urt. v. 02.06.2015, Nr. 14-85130, Bull. crim. Nr. 136, obs. Rousseau, La Semaine Juridique, LexisNexis, 2015, S. 1681.

Urteilen lag eine Vorschrift der französischen Zivilprozessordnung, Art. 205 CPC, zugrunde. Demnach dürfen Abkömmlinge im Rahmen eines Scheidungsverfahrens in Bezug auf die jeweiligen Anträge der Eheleute (z.B. bezüglich der Vermögenstrennung) nicht gehört werden, da sie nicht unparteiisch sind und damit die Gefahr falscher Aussagen begründet ist. Der Kassationsgerichtshof hatte zu urteilen, ob ein Abkömmling, der dennoch im Rahmen eines Scheidungsverfahrens gehört wurde, im Falle einer Falschaussage strafrechtlich verfolgt werden kann. Es entschied, dass gegen Abkömmlinge in solchen Fällen kein Ermittlungsverfahren eingeleitet werden darf, da sonst die Vorschrift des Art. 205 CPC ins Leere laufen würde. Dabei wies das Gericht jedoch darauf hin, dass Art 205 CPC kein absolutes Aussageverweigerungsrecht von Abkömmlingen beinhaltet. So müssten diese aussagen, falls ein Ehepartner verdächtig ist den anderen Ehepartner verletzt oder versucht zu haben, diesen umzubringen. Das staatliche Interesse an der Aufdeckung solcher Straftaten wiege höher als die familiäre Bande.

Aus diesen Urteilen lässt sich folgendes schließen: Art. 205 CPC sieht eine besondere Ausnahme von der Aussagepflicht allein für Abkömmlinge im Rahmen eines Scheidungsverfahrens vor<sup>790</sup>. Im Umkehrschluss daraus ergibt sich, dass in allen anderen Fällen Abkömmlinge sowie andere, dem Beschuldigten nahestehenden Personen, mangels anderslautender gesetzlicher Regelung aussagen müssen und sich bei Zuwiderhandlung strafbar machen können. Zudem statuiert Art. 205 CPC kein absolutes Aussageverweigerungsrecht, so dass ein Strafverfahren wegen Falschaussage sogar gegen Abkömmlinge im Rahmen eines Scheidungsverfahrens in Betracht kommt. Dies gilt folglich umso mehr für Angehörige, die schon nicht dem Schutzbereich des Art. 205 CPC unterfallen.

Mithin kann festgehalten werden, dass Angehörige und andere, dem Beschuldigten nahestehenden Personen, wegen einer eidlichen Falschaussage im Ermittlungsverfahren strafrechtlich verfolgt werden, selbst wenn ihre Pflicht zur eidlichen Aussage im Hauptverfahren entfällt. Mit Blick auf die strafrechtlichen Vorschriften ist es den Zeugen, die

---

<sup>790</sup> Crim., Urt. v. 02.06.2015, Nr. 14-85130, Bull. crim. Nr. 136, obs. Rousseau, La Semaine Juridique, LexisNexis, 2015, S. 1681.

nicht wahrheitsgemäß gegen einen beschuldigten Angehörigen aussagen wollen, zu „raten“, während des Ermittlungsverfahrens die Aussage- oder Eidesleistung mit dem Risiko einer Geldstrafe bis zu 3.750 EUR gem. Art. 434-15-1 CP zu verweigern, da ein Falscheid gem. Artt. 434-13, 434-14 CP eine sehr viel strengere Strafe vorsieht. Im Rahmen der Hauptverhandlung ist dem Zeugen sodann zu „raten“ überhaupt nicht auszusagen.

Der Interessenskonflikt, der durch die Aussage- und Eidespflicht für Angehörige und nahestehende Personen des Beschuldigten während des Ermittlungsverfahrens entsteht, wird in der französischen Literatur und Rechtsprechung kaum thematisiert<sup>791</sup>. Fraglich ist, ob die Auskunft- und Eidespflicht eines Zeugen im Ermittlungsverfahren eine Verletzung des Art. 8 EMRK darstellt. Die wenigen Literaturansichten, die sich mit diesem Thema auseinandersetzen, verneinen einen Eingriff in Art. 8 EMRK.

*Giacopelli* und *Joseph-Ratineau*<sup>792</sup> verneinen die Verletzung des Art. 8 EMRK mit einem Hinweis auf die Rechtsprechung des EGMR in Sachen *Heijden/Niederlande*<sup>793</sup>. In diesem Urteil ging es um die Frage, ob die Tatsache, dass das niederländische Recht kein Zeugnisverweigerungsrecht für unverheiratete und nicht eingetragene, jedoch aufgrund Dauer und Umstände eheähnliche Lebenspartnerschaften vorsieht, einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK begründe. Der EGMR verneinte dies mit dem Argument, dass es den Mitgliedstaaten obliege einen angemessenen Ausgleich zwischen den schutzwürdigen Interessen aus Art. 8 EMRK und den staatlichen Interessen der Strafverfolgung zu finden. Mithin könne ein Mitgliedstaat die Zeugnisverweigerungsrechte begrenzen und von bestimmten Formalitäten (bspw. der amtlichen Eintragung einer Lebenspartnerschaft) abhängig machen.

Diese Literaturansicht verkennt jedoch, dass die Sachverhalte nicht vergleichbar sind. Das niederländische Recht kannte persönliche Zeugnisverweigerungsrechte, begrenzte jedoch den hiervon geschützten Personenkreis. Hiervon ausgehend sprach der EGMR dem niederländischen Gesetzgeber das Recht zu, den Umfang persönlicher

---

<sup>791</sup> Valat, *JurisClasseur Procédure pénale, Audition des témoins*, LexisNexis, Paris, 2016, Fasc. 20, Rn 35.

<sup>792</sup> *Giacopelli/Joseph-Ratineau, Répertoire de droit pénal et procédure pénale, Témoin*, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2017, § 2.

<sup>793</sup> EGMR, Urt. v. 03.04.2012, Nr. 42857/05, *Van Der Heijden c/Niederlande* - hudoc.

Zeugnisverweigerungsrechte zu beschränken. Das Gericht urteilte jedoch nicht, dass es keinen Verstoß gegen Art. 8 EMRK darstelle, wenn das nationale Gesetz überhaupt keine persönlichen Zeugnisverweigerungsrechte vorsehe, wie dies in Frankreich der Fall ist. Im Gegenteil, es entschied ausdrücklich, dass der Gesetzgeber einen angemessenen Ausgleich zwischen Art. 8 EMRK und dem staatlichen Verfolgungsinteresse finden muss.

*Bombed*<sup>794</sup> kommentiert diese Rechtsprechung ebenfalls und verweist auf die unterschiedlichen Eidespflichten des Angehörigen im Ermittlungs- und Hauptverfahren. Sie wirft die Frage auf, wie mit widersprüchlichen Zeugenaussagen, die in den verschiedenen Verfahrensphasen entstehen können, umzugehen ist, ohne jedoch eine Antwort hierauf zu geben. *Redon* hält nur fest, dass bei Zeugenvernehmungen die Aussagepflicht die Regel, das Recht zur Aussageverweigerung die Ausnahme ist. Angehörige müssten folglich aussagen<sup>795</sup>.

Mit Blick auf die Rechtsprechung des EGMR, der die Pflicht des nationalen Gesetzgebers einen angemessenen Ausgleich zwischen Art. 8 EMRK und dem staatlichen Strafinteresse durch einen Katalog von Zeugnisverweigerungsrechten zu finden, statiert, ist die Vereinbarkeit der Vorschriften der französischen Strafprozessordnung mit den Vorgaben der EMRK daher mehr als fraglich.

bb) „phase d'enquête“

aaa) Begriff des Zeugen

Die Art. 53 ff. CPP enthalten nur sehr wenige Vorschriften bezüglich der Vernehmung von Zeugen. Der Zeuge wird dabei nicht einheitlich umschrieben (s. Artt. 55-1 Abs. 1, 56, 61 Abs. 3 S. 1, 2, 78-2 CPP). Die zentrale Vorschrift findet sich dabei in Art. 62 Abs. 1 CPP:

*„Les personnes à l'encontre desquelles il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction sont entendues par les enquêteurs*

---

<sup>794</sup> Bombed, *Obligation de témoigner contre son concubin : conformité à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme* - Dalloz Actualité.

<sup>795</sup> Redon, *Répertoire de droit pénal et procédure pénale, Enquête, témoin, attestation*, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2016, § 2 Rn 194.

*sans faire l'objet d'une mesure de contrainte*“.

Demnach ist eine Person dann als Zeuge zu hören, wenn gegen sie kein Verdacht der Straftatbegehung oder der Teilnahme daran begründet ist und möglich ist, dass sie Auskunft zu dem Tatgeschehen geben kann. Sobald jedoch vernünftige Gründe („*raisons plausibles*“) dafürsprechen, dass die zunächst als Zeuge verhörte Person die betreffende Straftat begangen oder an deren Begehung teilgenommen hat, so ist sie als „suspect“ zu vernehmen und ihr die in Art. 61-1 CPP aufgelisteten Beschuldigtenrechte zuzusprechen, s. Art. 62 Abs. 3 CPP. Der Zeugenbegriff der „phase d'enquête“ läuft somit grundsätzlich mit dem der „information“ gleich, jedoch sieht Art. 62 Abs. 3 CPP ausdrücklich vor, wie mit einer Person, deren Beschuldigteneigenschaft sich erst während der Zeugenvernehmung herausstellt, umzugehen ist<sup>796</sup>.

#### bbb) Pflichten des Zeugen

Im Rahmen der „phase d'enquête“ hat der Zeuge zu der polizeilichen Vernehmung zu erscheinen. Bei Zuwiderhandlung stehen Zwangsmittel zur Verfügung, s. Artt. 61 Abs. 3 S. 2, 3, 78 Abs. 1 CPP. Der Zeuge kann zudem an dem Ort des Geschehens bis zu vier Stunden festgehalten werden, wenn dies zur Aufklärung des Sachverhalts notwendig erscheint, s. Art. 62 Abs. 2, 78 Abs. 2 CPP. Das Gesetz sieht darüber hinaus keine weiteren Zeugenpflichten vor. Mithin ist der Zeuge während der „phase d'enquête“ weder zu einer Aussage noch zu einer Eidesleistung wie iSv Artt. 103, 109 CPP verpflichtet. Die Tatsache, dass Zeugen im Rahmen der „phase d'enquête“ nicht vereidigt werden, wird damit begründet, dass sich in diesem frühen Stadium des Verfahrens der Beschuldigte möglicherweise unter den Zeugen befinden könnte<sup>797</sup>.

Des Weiteren ist der Zeuge auch nicht verpflichtet wahrheitsgemäß auszusagen. Der CP enthält keine Strafnorm, die eine Falschaussage vor der Polizei oder Staatsanwaltschaft unter Strafe stellen würde. Art. 434-13 CP stellt lediglich die eidliche Falschaussage unter Strafe. Auch

---

<sup>796</sup> Vor der Einführung des Art. 61-1 CPP entwickelte sich zudem eine Rechtsprechung, wonach eine Person auch dann nicht mehr als Zeuge vernommen werden durfte, wenn die Voraussetzungen der Untersuchungshaft vorlagen, s. Cons. const., QPC Nr. 2011-191/194/195/196/197 v. 18.11.2011, JORF v. 19.11.2011, S. 19480, Text Nr. 99.

<sup>797</sup> Bouloc, Procédure pénale, Dalloz, Paris, 2017, S. 470, 471.

findet Art. 434-15-1 CP keine Anwendung, da dieser nur das Nichterscheinen, Nichtaussagen, Nichteidlich vor einem Untersuchungsrichter oder einem OPJ im Rahmen der „commission rogatoire“ unter Strafe stellt.

cc) „criminalité organisée“

Die Artt. 706-73 ff. CPP sehen keine abweichenden Vorschriften für die Zeugenvernehmung vor.

### c) Praktische Umsetzungsschwierigkeiten im deutsch-französischen Rechtshilfeverkehr

Es lässt sich feststellen, dass der Zeugenbegriff und die Funktion seiner Vernehmung in den Rechtsordnungen identisch sind. Der Zeuge soll durch die umfassende Mitteilung von persönlichen Wahrnehmungen zur Aufklärung der Tat beitragen. Diese Aufgabe kann er jedoch nur dann erfüllen, wenn sich das Verfahren nicht gegen ihn richtet. Eine Person kann nicht mehr als Zeuge vernommen werden, wenn sie formal als Beschuldigter gilt. Für den Fall, dass diese Person dennoch als Zeuge gehört und ihr damit die Rechte aus Art. 6 EMRK entzogen werden, ist ihre Aussage in beiden Rechtsordnungen unverwertbar.

Die Rechtsordnungen unterscheiden sich jedoch in der Ausgestaltung der Zeugenvernehmung und der Zeugenrechte. Es ist zu prüfen, welche Schwierigkeiten sich daraus bei der Vollstreckung einer EEA ergeben könnten.

aa) Vernehmungsformen

Hinsichtlich der möglichen Vernehmungsformen kann weitgehend auf die Ausführungen der Beschuldigtenvernehmung verwiesen werden. Somit kann ein Zeuge zum einen auf dem Gebiet des Vollstreckungsstaates allein durch dessen Behörden vernommen werden. Die Anordnungsbehörde kann um eine Teilnahme an dieser Maßnahme ersuchen. Zum anderen kann der Zeuge audiovisuell oder per Telefonkonferenz gehört werden. Diese Vernehmungen unterliegen dem Recht des Vollstreckungsstaates und laufen darüber hinaus identisch ab, s. § 91h Abs. 3, 4 IRG, Artt. 694-48, 706-71 ff. CPP.

## bb) Vollstreckung einer deutschen EEA in Frankreich

### aaa) Anordnung einer EEA

Die zuständige Anordnungsbehörde bestimmt sich wie oben gesehen gem. § 74 Abs. 1, 2 IRG iVm der Zuständigkeitsvereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern nach dem Recht des Landes, dessen Strafverfolgungsbehörde eine EEA anordnet.

Des Weiteren ist zu beachten, dass § 160a StPO den Strafverfolgungsbehörden grundsätzlich Grenzen bei der Anordnung von Ermittlungsmaßnahmen setzt. Zum einen sind Ermittlungen, mit denen die Berufsgeheimnisse von Geistlichen, Verteidigern, Rechtsanwälten und Abgeordneten umgangen werden könnten, verboten und werden von einem Verwertungsverbot flankiert (Abs. 1)<sup>798</sup>. Zum anderen ist eine besondere Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen, falls sich die Ermittlungsmaßnahme gegen einen Berufsgeheimnisträger iSv § 53 Abs. 1 Nr. 3-3b, 5 StPO (z.B. Notare, Ärzte) richten soll und dadurch voraussichtlich Erkenntnisse, über die diese das Zeugnis verweigern dürfen, erlangt würden<sup>799</sup>. Diese Beschränkungen sind auch bei der Anordnung einer EEA zu berücksichtigen, um ein „forum shopping“ für den Fall, dass das ausländische Recht ein vergleichbares Verbot nicht kennt oder der Kreis der Berufsgeheimnisträger divergiert, zu verhindern<sup>800</sup>, s.a. § 91a Abs. 4 iVm § 59 Abs. 3 StPO. Diese Beschränkungen gelten nicht, wenn der Berufsgeheimnisträger tatverdächtig ist, s. § 160a Abs. 4 StPO.

Falls eine EEA unter Verletzung des § 160a StPO angeordnet wird, kann die betroffene Person Rechtsmittel gegen die Anordnung vor deutschen Gerichten einlegen (je nach Anordnungsbehörde entweder § 98 Abs. 2 S. 2 StPO analog oder § 304 StPO). Fraglich ist, ob ein in Frankreich von der Maßnahme Betroffener diesen Rechtsschutz effektiv geltend machen kann. Dem steht entgegen, dass ihm die deutsche Rechtslage fremd sein wird. Zudem sieht das IRG keine Belehrung des Betroffenen über den in Deutschland bestehenden Rechtsschutz vor. Ihm wird auch keine Hilfestellung bei der Suche nach einem deutschen Rechtsanwalt geleistet,

---

<sup>798</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 181; Bertheau, StV, 2012, S. 303, 304.

<sup>799</sup> Bertheau, StV, 2012, S. 304.

<sup>800</sup> Hecker, Europäisches Strafrecht, S. 426.



so dass sein Rechtsschutz tatsächlich beschränkt ist. Diese Kritik wurde im Rahmen der Ausarbeitung der RL formuliert<sup>801</sup>, in dem deutschen Umsetzungsgesetz jedoch nicht berücksichtigt.

Im Rahmen von Zeugenvernehmungen ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Regelung des § 160a StPO nicht greift (s. § 53 StPO).

#### bbb) Vollstreckungsbehörde und Bewilligungsprüfung

Fraglich ist, welche französische Behörde für die Vollstreckung zuständig wäre. Es ist gem. Art. 694-30 Abs. 2, 3 CPP wiederum zwischen der Zuständigkeit des „juge d’instruction“ und des Staatsanwalts zu unterscheiden. Entsprechend der oben herausgearbeiteten Auslegung hängt die Zuständigkeit davon ab, ob die Maßnahme als eingriffstark gilt und daher einem nationalen Richtervorbehalt unterfällt. Dabei ist abstrakt von der angeordneten Maßnahme auszugehen.

Unter einer Zeugenvernehmung versteht man die Vernehmung einer Person, die selbst nicht unter dem Verdacht der Straftatbegehung steht und aufgrund eigener Wahrnehmungen etwas zu der Aufklärung der Straftat beitragen kann. Die Ausführungen zu dem französischen Recht haben gezeigt, dass diese Form der Ermittlungsmaßnahme sowohl im Rahmen einer „information“ als auch einer „enquête“ möglich ist und in letzterem Fall auch keinem Bewilligungsvorbehalt eines JLD untersteht. Es handelt sich folglich um eine eingriffsschwache Maßnahme, so dass die Staatsanwaltschaft für die Vollstreckung zuständig ist, s. Art. 694-30 Abs. 3 CPP.

Es kommt auch eine Zuständigkeitskonzentration bei dem „juge d’instruction“ in Betracht. Hierfür sprechen insbesondere im Rahmen der Zeugenvernehmung gute Gründe, denn der neu eingeführte Art. 694-48 Abs. 2 CPP verweist auf die Strafvorschriften in Artt. 434-13 ff. CP. Diese stellen aber allein die Verletzung von Zeugenpflichten innerhalb einer richterlichen Vernehmung unter Strafe. Im Umkehrschluss ergibt sich, dass wenn der französische

---

<sup>801</sup> Ambos, Internationales Strafrecht, S. 668. Teilweise sprach man sich für eine Konzentration der Rechtsmittelprüfung in dem Vollstreckungsstaat aus, s. Hecker, Europäisches Strafrecht, S. 428.

Gesetzgeber die Zuständigkeit des „juge d’instruction“ im Rahmen einer Zeugenvernehmung nicht für möglich gehalten hätte, der Verweis in Art. 694-48 Abs. 2 CPP ins Leere gehen würde. Dies kann nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein, so dass eine Zuständigkeit des „juge d’instruction“ auch bei der eingriffsschwachen Maßnahme einer Zeugenvernehmung denkbar sein muss. Mithin wird im Rahmen dieser Arbeit die Vollstreckung einer EEA sowohl am Maßstab der Vorschriften der „information“ als auch der „enquête“ zu untersuchen sein.

Das zuständige Vollstreckungsorgan prüft sodann, ob Bewilligungshindernisse gem. Art. 694-31 CPP vorliegen. Ein Bewilligungshindernis könnte sich aus Art. 694-31 Abs. 1 Nr. 1 CPP ergeben. Darin heißt es: *„Le magistrat saisi refuse de reconnaître ou d’exécuter une décision d’enquête européenne (...) si un privilège ou une immunité fait obstacle à son exécution.“*

Mithin kann die Vollstreckungsbehörde die Bewilligung oder die Vollstreckung einer EEA verweigern, wenn dem ein Vorrecht oder eine Immunität entgegensteht<sup>802</sup>. Hiervon sind auch berufliche Zeugnisverweigerungsrechte erfasst<sup>803</sup>. Die französischen Behörden können folglich die Vollstreckung einer deutschen EEA, die auf die Vernehmung eines französischen Berufsheimnisträgers gerichtet ist, versagen, wenn keine Aussagegenehmigung eingeholt werden kann, beziehungsweise wenn der Berufsheimnisträger trotz Aussagegenehmigung zeugnisunfähig bleibt (Bsp.: ein Arzt). Damit sieht auch der französische Gesetzgeber mit der Umsetzung der RL einen besonderen Schutz von Berufsheimnisträgern vor.

---

<sup>802</sup> Dieser Schutz von Immunitäten oder Vorrechten wird in der Literatur willkommen geheißen. Gleichzeitig sei jedoch zu bedauern, dass ein europaweit anerkanntes Konzept fehle, welche und in welchem Umfang die Rechte des Beschuldigten zu schützen sind, s. Esser, in Löwe-Rosenberg, Einführung EMRK IPBPR Rn 157 ff.; Böse, in Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, RL EEA Rn 20; Gleß, in Sieber/Satzger/v. Heintschel Heinegg, Europäisches Strafrecht, S. 693.

<sup>803</sup> Weder das französische Recht noch die RL sehen eine Legaldefinition der Rechtsbegriffe „Vorrechte/Immunitäten“ vor. Jedoch kann auf Nr. 20 der Präambel der RL Bezug genommen werden, demnach es den Mitgliedstaaten vorbehalten bleibt, die Begriffe „Vorrechte und Immunitäten“ zu definieren, wobei diese auch Schutzvorschriften für medizinische Berufe und Rechtsberufe umfassen können, s. Leonhardt, Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, S. 63; Rackow, KriPoz, 2017, S. 81.

### ccc) Einführung der Zeugenaussage in die Hauptverhandlung

Bevor auf die konkreten Vollstreckungsmodalitäten am Maßstab der Vorschriften einer „information“ beziehungsweise „enquête“ einzugehen ist, wird geprüft wie eine im Ausland getätigte Zeugenaussage in ein deutsches Verfahren eingeführt werden kann.

Grundsätzlich gilt im deutschen Strafprozessrecht wie schon oben gesehen der Unmittelbarkeitsgrundsatz gem. § 250 StPO<sup>804</sup>. Wenn der Beweis einer Tatsache demnach auf der Wahrnehmung einer Person beruht, ist diese Person in der Hauptverhandlung persönlich zu vernehmen<sup>805</sup>. Die Vernehmung darf nicht durch die Verlesung eines früheren Protokolls oder einer schriftlichen Erklärung ersetzt werden. Von dem Grundsatz der persönlichen Anhörung macht das Gesetz aber auch im Rahmen von Zeugenvernehmungen Ausnahmen, so zunächst § 251 Abs. 1 StPO. Das Protokoll einer Zeugenvernehmung darf zum Beispiel verlesen werden, wenn der Staatsanwalt, Verteidiger und Angeklagte damit einverstanden sind (Nr. 1) oder der Zeuge verstorben ist oder aus einem anderen Grund in absehbarer Zeit gerichtlich nicht vernommen werden kann (Nr. 3). Die Literatur sieht in § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO eine Gefahr für das Frage- und Konfrontationsrecht des Angeklagten und seines Verteidigers iSv Art. 6 Abs. 3d) EMR im Rahmen des internationalen Rechtshilfeverkehrs<sup>806</sup>. Es wird der Einwand erhoben, dass insbesondere bei einem Auslandsbezug die Gerichte den Zeugen aufgrund der örtlichen Entfernung als unerreichbar befinden, so dass der eigentlich restriktiv auszulegende § 251 StPO seinen Ausnahmecharakter verlieren würde<sup>807</sup>. Es wird noch weiter unten zu prüfen sein, ob diese Einwände berechtigt sind.

Weitere Ausnahmen sieht § 251 Abs. 2 StPO für den Fall vor, dass der Zeuge zuvor richterlich vernommen wurde. Die persönliche Anhörung darf dann durch eine Verlesung ersetzt werden, wenn dem Erscheinen in der Verhandlung für eine längere oder ungewisse Zeit Krankheit, Gebrechlichkeit oder andere nicht zu beseitigende Hindernisse entgegenstehen (Nr. 1), dem Zeugen das Erscheinen in der Hauptverhandlung wegen großer Entfernung unter

---

<sup>804</sup> Norouzi, Die audiovisuelle Vernehmung von Auslandszeugen, S. 15.

<sup>805</sup> Norouzi, Die audiovisuelle Vernehmung von Auslandszeugen, S. 15.

<sup>806</sup> Sommer, StraFO, 2003, S. 368; Walther, GA, 2003, S. 212.

<sup>807</sup> Sommer, StraFO, 2003, S. 368; Walther, GA, 2003, S. 212.

Berücksichtigung der Bedeutung seiner Aussage nicht zugemutet werden kann (Nr. 2) oder der Staatsanwalt, der Verteidiger und der Angeklagte mit der Verlesung einverstanden sind (Nr. 3). Mithin kommt der richterlichen Vernehmung eine besondere Beweisqualität zu, die eine erweiterte Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes erlaubt. Die Verwertung als richterliches Protokoll setzt jedoch voraus, dass während der Vernehmung die Rechte des Beschuldigten gewahrt wurden. Er und sein Verteidiger sind von dem richterlichen Vernehmungstermin zu benachrichtigen, außer dies würde den Untersuchungserfolg gefährden (§ 168c Abs. 5 S. 1, 2 StPO). Für den Fall, dass diesen Vorschriften nicht entsprochen wurde, kann das Protokoll nur gem. § 251 Abs. 1 StPO in der Hauptverhandlung verlesen werden, sofern dessen Voraussetzungen vorliegen<sup>808</sup>. Dies ist auch im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen.

Die besondere Bedeutung von richterlichen Vernehmungen zeigt sich darüber hinaus bei der Anhörung einer zeugnisverweigerungsberechtigten Person iSv § 52 StPO. Grundsätzlich kann ein Protokoll eines Zeugen aus dem Ermittlungsverfahren nicht verlesen werden, wenn er sich in der Hauptverhandlung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft, s. § 252 StPO. Diese Vorschrift wird weit ausgelegt, so dass auch die Anhörung der Vernehmungsperson ausgeschlossen ist<sup>809</sup>. Die Rechtsprechung erkennt von diesem weiten Verwertungsverbot eine Ausnahme für die Fälle an, dass der Zeuge von einem Richter vernommen wurde<sup>810</sup>. Der Zeuge muss in dieser Vernehmung aber ordnungsgemäß über sein Zeugnisverweigerungsrecht<sup>811</sup> sowie über die erweiterte Verwertungsmöglichkeit des Protokolls<sup>812</sup> belehrt worden sein.

Angesichts dieser besonderen Beweisqualität von richterlichen Vernehmungsprotokollen stellt sich die Frage, ob das französische Protokoll eines „juge d’instruction“ bzw. eines Staatsanwalts oder deren polizeilichen Hilfsbeamten einem richterlichen Protokoll nach

---

<sup>808</sup> Dies wurde auch für den Rechtshilfeverkehr anerkannt, s. BGH, Urt. v. 08.03.1968, Az.: 4 StR 615/67, BGHSt 22, 120 (dieses Urteil erging noch zu der alten Rechtslage, wonach § 251 Abs. 1 die Verlesung richterlicher Protokolle und Abs. 2 die Verlesung anderer Protokolle regelte. Heute sind die Absätze umgedreht.).

<sup>809</sup> Ständige Rechtsprechung, s. nur BGH, Urt. v. 03.11.2000, Az.: 2 StR 354/00, BGHSt 46, 189; BGH, Urt. v. 08.12.1999, Az.: 5 StR 32/99, BGHSt 45, 342.

<sup>810</sup> Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 254; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 411, 412.

<sup>811</sup> BGH, Urt. v. 20.02.1997, Az.: 4 StR 598/96, BGHSt 42, 36.

<sup>812</sup> BGH, Beschl. v. 04.06.2014, Az.: 2 StR 656/13, NStZ 2014, 596.

deutschem Verständnis gleichgestellt werden könnte. Die Frage ist erheblich, da es den deutschen Behörden bei Anordnung einer EEA auf die Sicherung des Inhalts der Vernehmung für den Fall, dass der Zeuge in der Hauptverhandlung nicht gehört werden kann oder berechtigterweise schweigt, ankommt<sup>813</sup>.

Das Gesetz bietet zu der Frage der Verlesbarkeit eines ausländischen Vernehmungsprotokolls keine Antwort. Doch hat der BGH, wie schon im Rahmen der Beschuldigtenvernehmung gesehen, mehrfach zu der Verlesbarkeit eines ausländischen Protokolls Stellung nehmen können<sup>814</sup>. Demnach können solche verlesen werden, wenn das Vernehmungsorgan, sowie Art und Weise der Vernehmung besonderen Anforderungen genügen<sup>815</sup>. Dem Vernehmungsorgan müssen richterähnliche Befugnisse, beispielsweise die Möglichkeit der Eidesabnahme, zukommen<sup>816</sup>. Für den Ablauf der Vernehmung ist entscheidend, dass der Zeuge auf die Pflicht zur wahrheitsgemäßen Aussage hingewiesen und über die Folgen einer Falschaussage belehrt wird<sup>817</sup>. Maßgeblich ist auch, ob eine Belehrung über persönliche Zeugnisverweigerungsrechte erfolgt<sup>818</sup>. Die fehlende Belehrung über ein Auskunftsverweigerungsrecht hingegen ist in dem Verfahren gegen den Angeklagten unbeachtlich, auch wenn dies im Ausland eine Ungültigkeit des Protokolls begründen würde<sup>819</sup>. § 55 Abs. 2 StPO dient nicht dem Rechtskreis des

---

<sup>813</sup> Zwar können die deutschen Behörden gem. Art. 694-36 CPP die Einhaltung von gewissen Verfahrens- und Formvorschriften anordnen. Diese betreffen nach dem Wortlaut aber lediglich die Art und Weise der Vollstreckung. Die Zuständigkeitsregelungen verbleiben jedoch interne Angelegenheit des Vollstreckungsstaates und dessen nationales Recht (s. Art. 694-30 CPP und auch dessen systematische Stellung vor Art. 694-36 CPP). Zwar können die deutschen Behörden um eine richterliche Vernehmung ersuchen, jedoch sind die französischen Behörden daran nicht gem. Art. 694-36 CPP gebunden. Mithin sind Fälle denkbar, dass eine Zeugenvernehmung in Frankreich auch durch einen Staatsanwalt oder dessen Hilfsbeamte vorgenommen wird, wie dies im Grunde auch von Art. 694-30 Abs. 3 CPP vorgesehen ist.

<sup>814</sup> BGH, Urt. v. 10.08.1994, Az.: 3 StR 53/94, NJW 1994, 3364; BGH, Beschl. v. 02.01.1990, Az.: 1 StR 642/89 - jurion; BGH, Beschl. v. 10.04.1981, Az.: 3 StR 236/80, StV 1981, 393; BGH, Urt. v. 09.12.1975, Az.: 2 StR 480/73 - jurion; BGH, Urt. v. 28.10.1954, Az.: 3 StR 466/54, BGHSt 7, 15 (Vernehmung eines Zeugen durch einen Schweizer Kriminalkommissär).

<sup>815</sup> BGH, Urt. v. 18.05.2000, Az.: 4 StR 467/99, BGHSt 46, 73 (wobei hier noch die alte Rechtsordnung angewandt wurde, wonach richterliche Vernehmung gem. § 251 Abs. 1 StPO aF verlesen werden durften); BGH, Urt. v. 23.01.1985, Az.: 1 StR 722/84 - jurion; BGH, Urt. v. 28.10.1954, Az.: 3 StR 466/54, BGHSt 7, 15.

<sup>816</sup> BGH, Urt. v. 28.10.1954, Az.: 3 StR 466/54, BGHSt 7, 15.

<sup>817</sup> BGH, Urt. v. 28.10.1954, Az.: 3 StR 466/54, BGHSt 7, 15.

<sup>818</sup> BGH, Urt. v. 28.10.1954, Az.: 3 StR 466/54, BGHSt 7, 15.

<sup>819</sup> BGH, Beschl. v. 02.01.1990, Az.: 1 StR 642/89; BGH, Urt. v. 09.12.1975, Az.: 2 StR 480/73 - jurion.

Angeklagten. Für die Verwertbarkeit kann darüber hinaus ausschlaggebend sein, dass die Rechte des Beschuldigten (insbesondere sein Fragerecht) gewahrt wurden<sup>820</sup>.

Mit Blick auf diese Grundsätze der Rechtsprechung ist nun zu prüfen, ob ein in Frankreich angefertigtes Vernehmungsprotokoll gem. § 251 Abs. 2 StPO und entgegen § 252 StPO verlesen werden könnte.

Der „juge d’instruction“ übt wie oben gesehen eine unabhängige, richterliche Tätigkeit aus (vgl. Artt. 79 ff. CPP). Zudem kann er einen Eid abnehmen, s. Art. 103 CPP. Gemessen an den von dem BGH aufgestellten Kriterien entspricht dies dem Status eines Ermittlungsrichters. Darüber hinaus müssten auch die Art und Weise der richterlichen Vernehmung diesen Kriterien entsprechen. Das französische Recht kennt im Rahmen einer „information“ eine Erscheinens-, Auskunfts- und Eidespflicht des Zeugen, die jeweils unter Strafvorbehalt steht (s. Art. 434-15-1 CP)<sup>821</sup>. Zudem steht eine eidliche Falschaussage ebenfalls unter Strafe (Artt. 434-13 ff. CP). Der Zeuge ist über diese Pflichten und mögliche strafrechtliche Konsequenzen bei Zuwiderhandlung zu belehren (s. Artt. 101 ff. CPP). Der Aussage kann mithin eine besondere Verbindlichkeit zugesprochen werden. Problematisch ist jedoch, dass dem Zeugen keine Rechte, wie beispielsweise ein persönliches Zeugnisverweigerungs- oder Auskunftsverweigerungsrecht, zukommen. Die fehlende Existenz bzw. Belehrung über ein Auskunftsverweigerungsrecht iSv § 55 StPO ist zunächst wie oben gesehen nicht erheblich. Fraglich ist, ob dies auch für die fehlende Belehrung bezüglich der Zeugnisverweigerungsrechte iSv § 52 StPO gilt.

Die Verlesung eines richterlichen Protokolls ist nach deutschem Recht nur deshalb gerechtfertigt, weil den Richter Belehrungspflichten treffen und ihm aufgrund seiner richterlichen Funktion besonderes Vertrauen in die Erfüllung seiner gesetzlichen Pflichten

---

<sup>820</sup> BGH, Beschl. v. 10.04.1981, Az.: 3 StR 236/80, StV 1981, 393.

<sup>821</sup> Die französische Rechtsordnung kennt, anders als die deutsche Strafprozessordnung, im Rahmen der „information“ keine Zwangsmaßnahmen wie Ordnungsgeld, Ordnungshaft, etc. Die effektive Vollstreckung einer Zeugenvernehmung soll durch die in Artt. 434-13, 434-14, 434-15-1 CP vorgesehenen Strafvorschriften gewährleistet werden.

entgegengebracht wird<sup>822</sup>. Damit geht einher, dass der Zeugenaussage eine besondere Beweisqualität zukommt, da der Zeuge von dem Druck befreit wird zum Schutze des Angehörigen falsch auszusagen und dem Familienbund iSv Art. 6 GG und Art. 8 EMRK Rechnung getragen wird<sup>823</sup>. Der Zeuge in Frankreich unterliegt hingegen einer absoluten, strafbewährten Auskunfts-, Eides- sowie Wahrheitspflicht, so dass die Beweisqualität der Vernehmung gemindert ist. Dies würde der Verlesung eines französischen Protokolls entgegenstehen.

Die Prüfung der Natur einer richterlichen Vernehmung könnte jedoch dahinstehen, wenn ein ausländisches Protokoll stets unverwertbar ist, wenn eine Belehrung gem. § 52 StPO unterblieben ist. Dies wurde von dem BGH bejaht<sup>824</sup>. Somit stellt sich die Frage der Verlesung einer ausländischen Vernehmung erst dann, wenn die Belehrungspflicht eingehalten wurde. Wenn ein „juge d’instruction“ ordnungsgemäß belehrt, kommt dem Protokoll dann aufgrund der besonderen Verbindlichkeit der Aussage die gleiche Beweisfunktion wie einem richterlichen Protokoll nach deutschem Verständnis zu und kann entsprechend verlesen werden.

Fraglich ist, ob eine Verlesung auch dann in Frage kommt, wenn der „juge d’instruction“ seine Befugnisse an einen OPJ weitergeleitet hat, s. Art. 152 iVm Art. 694-30 Abs. 2 CPP. Dem könnte entgegenstehen, dass dem OPJ keine unabhängige Ermittlungsfunktion zukommt. Dieses Argument wurde aber schon im Rahmen der Beschuldigtenvernehmung mit Blick auf die selbstständige Verfahrensleitung widerlegt. Zudem treffen den Zeugen die gleichen strafbewährten Pflichten, wie im Rahmen einer richterlichen Vernehmung. Das Protokoll wird daher in einem französischen Prozess einem richterlichen Protokoll gleichgestellt. Mithin können auch polizeiliche Vernehmungsprotokolle verlesen werden.

---

<sup>822</sup> Der Beschluss des BGH vom 04.06.2014 (Az.: 2 StR 656/13, NStZ 2014, 596) enthält eine detaillierte Aufzählung der Gründe, die für eine besondere Beweisqualität eines richterlichen Vernehmungsprotokolls sprechen. In der Literatur wird dies teilweise bestritten, da nicht ersichtlich sei, warum staatsanwaltlichen oder polizeilichen Vernehmungen weniger Vertrauen entgegenzubringen ist. Alle drei Organe treffen die gleichen Belehrungspflichten. Zudem stelle das Vorgehen der Rechtsprechung eine Umgehung der gesetzlichen Vorschriften vor. Diese Literaturstimmen werden ebenfalls in dem oben genannten Beschluss des BGH aufgezählt. Auf diese Streitfrage kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden.

<sup>823</sup> S. nur BGH, Beschl. v. 04.06.2014, Az.: 2 StR 656/13, NStZ 2014, 596.

<sup>824</sup> BGH, Beschl. v. 04.03.1992, Az.: 3 StR 460/91, NStZ 1992, 394.

Ein französischer Staatsanwalt entspricht aufgrund der selbstständigen Verfahrensleitung (s. Artt. 31, 40, 40-1, 41, 41-2 CPP) ebenfalls den an ein Vernehmungsorgan gestellten Kriterien des BGH. Fraglich ist wiederum, ob auch die Art und Weise der Zeugenvernehmung diesen entspricht. Die Vorschriften der „enquête“, die ein Staatsanwalt anwenden würde, sehen keine besonderen Verfahrensvorschriften vor<sup>825</sup>. Den Zeugen trifft weder eine strafbewährte Erscheinens-, noch Aussagepflicht, noch kann er eidlich vernommen werden. Zudem trifft ihn keine strafbewährte Wahrheitspflicht. Die Pflicht zur (eidlichen) wahrheitsgemäßen Aussage stellt jedoch eine wesentliche Maßnahme dar, um die Qualität und den Beweiswert einer Zeugenvernehmung zu steigern, so dass gute Gründe gegen die Verlesung eines staatsanwaltlichen Protokolls in der deutschen Verhandlung sprechen. Dasselbe gilt dann für Zeugenvernehmungen durch einen OPJ im Rahmen einer „enquête“. Angesichts dieser Tatsachen sollte die deutsche Anordnungsbehörde zur Beweissicherung eine Vernehmung durch einen „juge d’instruction“ oder dessen Hilfsbeamte anordnen.

Falls die Vernehmung von einem französischen Staatsanwalt oder dessen OPJ durchgeführt wurde, könnte das Protokoll noch als nicht richterliches Protokoll gem. § 251 Abs. 1 StPO in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Dabei kommt insbesondere § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO als Verlesungsgrund in Betracht, nämlich wenn der Zeuge in absehbarer Zeit gerichtlich nicht vernommen werden kann. Fraglich ist, ob die Befürchtung einer extensiven Auslegung des § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO im Rechtshilfeverkehr der Literatur berechtigt ist. Hierzu ist zu prüfen, wie diese Vorschrift in der Praxis ausgelegt wird.

Bei Tod des Zeugen oder der Unmöglichkeit seiner Vernehmung, z.B. wegen Krankheit, Gebrechlichkeit oder sog. Unerreichbarkeit, kann das Protokoll einer früheren Vernehmung verlesen werden. Ein Beweismittel ist unerreichbar, wenn alle seiner Bedeutung und seinem Wert entsprechenden Bemühungen des Gerichts es beizubringen erfolglos geblieben sind und keine begründete Ansicht besteht es in absehbarer Zeit herbeizuschaffen<sup>826</sup>. Fraglich ist, ob ein

---

<sup>825</sup> Die Erscheinungspflicht, die im Rahmen einer „enquête de flagrance“ gilt, s. Art. 61 Abs. 3 CPP, ist im Rahmen einer „enquête préliminaire“ nicht vorgesehen, vgl. die Beschränkung der Verweisungsvorschrift in Art. 77 CPP.

<sup>826</sup> BGH, Urt. v. 08.03.1968, Az.: 4 StR 615/67, BGHSt 22, 120; Meyer-Goßner, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 244 Rn 63.



Zeuge im Ausland stets als unerreichbar gilt. Dem stellt sich die deutsche Rechtsprechung entgegen<sup>827</sup>. Demnach gelten Zeugen im Ausland erst dann als unerreichbar, wenn die bisherigen Bemühungen sie zum Erscheinen zu veranlassen erfolglos geblieben sind und auch in Zukunft nicht zu erwarten ist, dass sie erscheinen werden. Es muss versucht werden den Zeugen über den Aufenthaltsstaat zu laden oder die Ladung über die deutschen Konsularvertretungen zu erreichen. Nur in Ausnahmefällen kann ein Zeuge ohne Ladung für unerreichbar befunden werden. Allein die Aussage des Zeugen, er werde nicht erscheinen<sup>828</sup>, reicht, ebenso wie die weite Entfernung eines Zeugen vom Gerichtsort<sup>829</sup>, allein nicht aus. Angesichts dieser Anforderungen, die an die Unerreichbarkeit gestellt werden, ist eine extensive Auslegung des § 251 Abs.1 Nr. 3 StPO im Rechtshilfeverkehr nicht zu befürchten.

Zudem kann vor Bejahung einer Unerreichbarkeit versucht werden den Zeugen audiovisuell zu vernehmen (s. § 247a Abs. 1 S. 1 HS 2)<sup>830</sup>, wobei dies vom BGH dann nicht als erforderlich angesehen wird, wenn von der Vernehmung keine weitergehende oder bessere Sachaufklärung erwartet werden kann<sup>831</sup>. Der BGH geht davon aus, dass die Möglichkeit der audiovisuellen Vernehmung die Frage der Erreichbarkeit des Zeugen nicht tangiert<sup>832</sup>. Trotz audiovisueller

---

<sup>827</sup> BGH, Urt. v. 08.03.1968, Az.: 4 StR 615/67, BGHSt 22, 120; Meyer-Goßner, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 244 Rn 63.

<sup>828</sup> BGH, Urt. v. 08.03.1968, Az.: 4 StR 615/67, BGHSt 22, 120; Meyer-Goßner, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 244 Rn 63.

<sup>829</sup> Meyer-Goßner, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 251 Rn 21.

<sup>830</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 401, 402.

<sup>831</sup> BGH, Urt. v. 18.05.2000, Az.: 4 StR 647/99, BGHSt 46, 73. Andere Ansicht in der Literatur, die sich für einen Vorrang der audiovisuellen Vernehmung ausspricht, da dadurch das Fragerecht des Angeklagten gewahrt werden könne, s. nur Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 402.

<sup>832</sup> Zu der anders gelagerten Problematik der Ablehnung eines Beweisantragsrechts, die hier nicht ausführlich behandelt werden kann, sei nur folgendes zu bemerken: Für die Behandlung eines Beweisantrags auf Vernehmung eines sich im Ausland aufhaltenden Zeugen ist zunächst § 244 Abs. 5 StPO zu prüfen. Wenn das Gericht die Vernehmung nicht zur Erforschung der Wahrheit erforderlich hält, kann der Beweisantrag abgelehnt werden (Günther, in FS für Gunter Widmaier, S. 263 – 265). Wenn die Vernehmung aber erforderlich in dem Sinne ist, ist § 244 Abs. 3 StPO zu prüfen. Der Antrag kann dann abgelehnt werden, wenn der Zeuge (u.a.) unerreichbar ist (dabei gilt eine andere Auslegung als im Rahmen von § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO; zu den dadurch verursachten Widersprüchen innerhalb der Strafprozessordnung, vgl. nur Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 401, 402). Dies ist der Fall, wenn sich der Zeuge im Ausland weigert zu der Vernehmung zu erscheinen. Dann muss das Gericht prüfen, ob eine kommissarische Vernehmung im Ausland möglich ist. Wenn diese möglich ist, ist das Beweismittel nicht unerreichbar, außer die im Ausland erhobene Aussage hat keinen Beweiswert (Dies wurde beispielsweise für die Zeugenvernehmung durch ein amerikanisches Gericht bejaht, s. BGH, Urt. v. 15.09.1999, Az.: 1 StR 286/99, BGHSt 45, 188; BGH, Urt. v. 26.04.1990, Az.: 4 StR 147/90, NJW 1991, 186). Wenn die Vernehmung im Rahmen eines Rechtshilfeersuchens demnach ein völlig ungeeignetes Beweismittel darstellt, gilt der Zeuge als unerreichbar und der Beweisantrag ist abzulehnen. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn eine

Vernehmungsmöglichkeit kann der Zeuge daher nach wie vor als unerreichbar gelten und ein Protokoll gem. § 251 Abs. 2 Nr. 3 StPO verlesen werden<sup>833</sup>.

Zusammenfassend kann für diesen Abschnitt festgehalten werden, dass die deutschen Behörden aufgrund der hohen Beweisqualität einer richterlichen Vernehmung (und des sehr beschränkten Beweiswerts einer Aussage vor einem französischen Staatsanwalt) darauf hinwirken sollten, dass ein „juge d’instruction“ den Zeugen vernimmt. Wenn dem von französischer Seite nicht entsprochen wird, kann das Protokoll noch als nicht richterliches Vernehmungsprotokoll gem. § 251 Abs. 1 StPO verlesen werden, wobei erhöhte Anforderungen an die Unerreichbarkeit eines Zeugen gestellt werden.

ddd) Vollstreckung am Maßstab der Vorschriften einer „information“

Nun ist zu untersuchen, wie die Vollstreckung einer EEA am Maßstab der Vorschriften einer „information“ abläuft.

*(1) Strafbarkeit des nicht erschienen, nicht (eidlich) aussagenden und falsch aussagenden Zeugen*

Der „juge d’instruction“ würde den Zeugen zunächst zu der Vernehmung laden. Für den Fall, dass der Zeuge nicht erscheint, sieht Art. 694-48 Abs. 2 CPP nunmehr vor, dass er sich gem. Art. 434-15-1 CP strafbar macht. Der französische Gesetzgeber hat folglich mit Umsetzung der RL gleichfalls den Anwendungsbereich seiner nationalen Strafvorschrift erweitert.

Damit geht der französische Gesetzgeber über die Anforderungen aus Art. 24 Abs. 7 RL hinaus. Die RL besagt jeder Mitgliedstaat soll die erforderlichen Maßnahmen treffen um sicherzustellen, dass in Fällen, in denen eine Person auf dem Hoheitsgebiet des Vollstreckungsstaats im Rahmen einer audiovisuellen Vernehmung mit einem anderen Mitgliedstaat trotz Aussagepflicht die Aussage verweigert oder falsch aussagt, das nationale

---

audiovisuelle Vernehmung, also eine gleichzeitige Übertragung in Bild und Ton gem. § 247a StPO möglich ist (BGH, Urt. v. 15.09.1999, Az.: 1 StR 286/99, BGHSt 45, 188 („erweiterter Erreichbarkeitsbegriff“)).

<sup>833</sup> BGH, Urt. v. 18.05.2000, Az.: 4 StR 467/99, BGHSt 46, 73 (wobei hier noch die alte Rechtsordnung angewandt wurde, wonach richterliche Vernehmung gem. § 251 Abs. 1 StPO verlesen werden durften).

Recht des Vollstreckungsstaats genauso gilt als wäre die Vernehmung in einem nationalen Verfahren erfolgt. Der französische Gesetzgeber hat aber nicht nur den Tatbestand der Aussageverweigerung und Falschaussage auf Fälle unionsrechtlicher Rechtshilfe erweitert (s. Artt. 434-13, 434-14 CP), sondern durch die Strafbarkeit des Nichterscheins (s. Art. 434-15-1 CP) die effektive Vorbereitung und Durchführung einer Zeugenvernehmung gewährleistet und dies auch außerhalb einer audiovisuellen Vernehmung.

Wenn der Zeuge erscheint, aber die (eidliche) Auskunft verweigert, macht er sich ebenfalls gem. Art. 434-15-1 CP iVm Art. 694-48 Abs. 2 CPP strafbar (auf mögliche Ausnahmen aufgrund eines Auskunfts-, Zeugnis-, Eidesverweigerungsrechts oder –verbots nach deutschem Recht wird weiter unten einzugehen sein). Auch insoweit wurde der französische Strafkatalog auf Fälle des Rechtshilfeverkehrs erweitert. Dies gilt ebenfalls für die eidliche Falschaussage („*témoignage mensonger*“), s. Art. 434-13 CP iVm Art. 694-48 Abs. 2 CPP.

#### *(2) Belehrung über persönliche Zeugnisverweigerungsrechte<sup>834</sup>*

Die deutschen Behörden müssen in der EEA auf die Belehrungspflicht aus § 52 Abs. 3 S. 1 StPO hinsichtlich eines persönlichen Zeugnisverweigerungsrechts hinweisen. Die fehlende oder fehlerhafte Belehrung führt wie schon oben gesehen zu einer Unverwertbarkeit des ausländischen Vernehmungsprotokolls<sup>835</sup>, auch wenn die Vernehmungsperson keine Kenntnis von der Angehörigeneigenschaft hatte<sup>836</sup>. Eine Ausnahme

---

<sup>834</sup> Der Verstoß gegen die Geheimhaltungspflicht aus § 203 StGB eines Berufsgeheimnisträgers (s. § 53 StPO) führt laut Rechtsprechung zu keinem Verwertungsverbot. Das deutsche Strafrecht sieht zudem keine besonderen Belehrungspflichten wie in § 52 Abs. 3 StPO vor. Die Vernehmung eines Berufsgeheimnisträgers unterliegt aber wie schon oben gesehen besonderen Schranken, so dass die Frage der Verwertbarkeit einer Aussage, die unter Verletzung der beruflichen Geheimhaltungspflicht entstanden ist, im unionsrechtlichen Rechtshilfeverkehr vermutlich keine große Rolle spielen wird. Wenn es um die Vernehmung eines Berufsgeheimnisträgers geht, der so nur der französischen Rechtsordnung bekannt ist (z.B. der Gerichtsvollzieher), besteht auch deshalb keine Gefahr, da die Maßnahme schon nicht in Frankreich vollstreckt werden könnte. Berufsgeheimnisträger, die einem absoluten Berufsgeheimnis unterliegen und die im Falle einer Aussage dieses Geheimnis verletzen und sich nach der französischen Strafprozessordnung strafbar machen würden, sind zeugnisunfähig. Eine deutsche EEA, die auf die Vernehmung eines zeugnisunfähigen Berufsgeheimnisträgers gerichtet wäre, würde demnach von den französischen Behörden nicht vollstreckt werden (s. Versagungsgrund in Art. 694-31 Abs. 1 Nr. 1 CPP).

<sup>835</sup> BGH, Beschl. v. 04.03.1992, Az.: 3 StR 460/91, NStZ 1992, 394. So auch Ahlbrecht in Ahlbrecht/Böhm/Esser/Eckelmanns, Internationales Strafrecht, S. 489, 505.

<sup>836</sup> BGH, Urt. v. 28.05.2003, Az.: 2 StR 445/02, BGHSt 48, 294.

gilt nur dann, wenn der Zeuge sein Zeugnisverweigerungsrecht kannte<sup>837</sup> oder eine Belehrung durch falsche Angaben vereitelte<sup>838</sup>.

Fraglich ist, ob der von § 52 StPO geschützte Personenkreis im ausländischen Rechtsverkehr auf ähnliche Konstellationen, die der deutschen Rechtsordnung nicht bekannt sind, erweitert werden muss, z.B. Zeugnisverweigerungsrecht für die Person, die mit dem Beschuldigten „pacsé“ ist. Dies wird je nach Einzelfall zu entscheiden sein. Im Falle des „PACS“ spricht dafür, dass diese Rechtsfigur Ähnlichkeiten mit einer eingetragenen Lebenspartnerschaft aufweist und stärkeren Formalitäten als ein Verlöbnis unterliegt. Diese Solidargemeinschaft unterfällt mithin auch dem von § 52 StPO intendierten Familienschutz. Falls die deutschen Behörden diese Rechtsfigur nicht kennen und die französischen Behörden nur über die von dem Wortlaut des § 52 StPO erfassten Personen unterrichten, besteht die Gefahr, dass eine Person „pacsé“ nicht über ihr Zeugnisverweigerungsrecht belehrt wird. Die deutschen Behörden sollten daher auch über den Sinn und Zweck des § 52 StPO informieren und die Vollstreckungsbehörde darauf hinweisen, dass der Anwendungsbereich kein abschließender ist. Es obliegt dann den französischen Behörden die Vorschrift des § 52 StPO entsprechend auszulegen. Ob dies stets gelingt ist angesichts der Tatsache, dass den französischen Behörden eine solche Belehrungspflicht von Natur aus fremd ist, zweifelhaft. Dieses Beispiel zeigt, dass die Anwendung des Grundsatzes des „forum regit actum“ an praktische Grenzen stößt, wenn die richtige Anwendung einer ausländischen Vorschrift mit einer vertieften Kenntnis des ausländischen Rechts einhergeht.

Im Zusammenhang mit der obligatorischen Belehrungspflicht gem. § 52 Abs. 3 StPO ist auf eine weitere Gefahr im unionsrechtlichen Rechtshilfeverkehr hinzuweisen. Wenn die französischen Behörden die Belehrung gem. § 52 Abs. 3 StPO unterlassen, entsteht eine mittelbare Gefahr für den dadurch bezweckten Schutz von Familie und Ehe. Zwar ist die Aussage nicht in dem deutschen Verfahren verwertbar; in einem potentiellen französischen Verfahren hingegen schon. Die fehlende Belehrung steht nicht im Widerspruch zu der

---

<sup>837</sup> BGH, Beschl. v. 13.07.1990, Az.: 3 StR 228/90, NStZ 1990, 549.

<sup>838</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 183.

französischen Strafprozessordnung, die einen Schutz von persönlichen Zeugnisverweigerungsrechten im Ermittlungsverfahren schlichtweg nicht kennt.

Diesem Bedenken könnte entgegengehalten werden, dass der vernommene Zeuge dann wie in einem rein französischen Verfahren behandelt werden würde. Die Durchführung einer Rechtshilfe solle nicht zu einer derartigen Besserstellung des Zeugen führen, dass Wertungen und Regeln einer ausländischen Rechtsordnung in einem rein nationalen Verfahren weiter berücksichtigt werden müssen. Aus praktischer Sicht besteht aber die Gefahr, dass der Mitgliedstaat, der weite Zeugenrechte kennt, ein Misstrauen hinsichtlich der Rechtsstaatlichkeit des ausländischen Verfahrens entwickelt. Es ist zudem zu berücksichtigen, dass die fehlende Anerkennung von Zeugenrechten Art. 8 EMRK verletzen könnte. Diese Tatsachen könnten daher mittelbar die effektive Vollstreckung einer EEA behindern.

Im Rahmen des deutsch-französischen Rechtshilfeverkehrs könnte eine weitere Gefahr in der absoluten Aussagepflicht des Zeugen gesehen werden. Fraglich ist insoweit, ob sich eine nach deutschem Verständnis aussageverweigerungsberechtigte Person gem. Art. 434-15-1 CP iVm Art. 694-48 Abs. 2 CPP strafbar machen könnte. Die Verweisungsvorschrift stellt nicht klar, dass eine Verfolgung dann nicht in Betracht kommt, wenn der Zeuge nach den Vorschriften des Anordnungsstaates nicht zur Aussage verpflichtet ist. Der Anwendung steht jedoch der Sinn und Zweck der Verweisungsvorschrift entgegen. Sie soll gerade die Effektivität der Rechtshilfe stärken und Zeugen, die trotz Anordnung eines ausländischen Staates nicht aussagen, strafrechtlich verfolgen. Im Umkehrschluss soll damit aber nicht die Strafbarkeit auf die Fälle erweitert werden, in denen ein Zeuge berechtigterweise auf Grundlage des Rechts des Anordnungsstaates schweigt. Die Anordnungsstaaten würden bei einem solchen Risiko sonst eventuell von einer EEA absehen. Aus diesem Grund kommt eine teleologische Reduktion des Art. 434-15-1 CP iVm Art. 694-48 Abs. 2 CPP in Betracht, so dass ein Zeuge sich nur dann strafbar macht, wenn er gemäß dem Recht des Anordnungsstaates unberechtigterweise nicht aussagt.

### *(3) Belehrung über das Auskunftsverweigerungsrecht*

Die deutschen Behörden sollten auch die Belehrung über ein Auskunftsverweigerungsrecht gem. § 55 Abs. 2 StPO in der EEA anordnen<sup>839</sup>. Wenn dieser Hinweis unterlassen wird, entsteht zwar auf den ersten Blick kein Konflikt mit der deutschen Rechtsordnung, da die Aussage in dem Hauptverfahren gegen den Angeklagten verwertet werden kann (s. Rechtskreistheorie<sup>840</sup>). Es entsteht jedoch wiederum eine mittelbare Gefahr, dass die Aussage in einem französischen Verfahren gegen den Zeugen verwertet wird; dies wäre in einem deutschen Verfahren nicht erlaubt<sup>841</sup>. Die Verwertung würde den von § 55 StPO intendierten Schutz der Selbstbelastungsfreiheit des Zeugen verletzen.

Der Schutz der Selbstbelastungsfreiheit ist vor allem dann elementar, wenn die Vernehmung eines ehemals Mitbeschuldigten als Zeugen angeordnet wird. Ein Mitbeschuldigter kann nach einer Verfahrensabtrennung als Zeuge gehört werden. Eine solche Verfahrenspraxis ist nach deutschem Verständnis aber nur zulässig, weil in der Belehrung gem. § 55 Abs. 2 StPO (und dem Vereidigungsverbot gem. § 60 Nr. 2 StPO) ein hinreichender Schutz der Selbstbelastungsfreiheit gesehen wird. Die Legitimation entfällt mithin, wenn dieser Schutz nicht gewährleistet werden kann. Diese Gefahr besteht jedoch im Rahmen einer Rechtshilfe, wenn das ausländische Recht keine vergleichbaren Schutzmaßnahmen wie ein Auskunftsverweigerungsrecht kennt. Zwar sieht auch das französische Recht Schutzmechanismen im Falle der Vernehmung eines Mitbeschuldigten vor. Der Zeuge darf zum Beispiel nicht zu Tatsachen gehört werden, die im Zusammenhang mit dem Sachverhalt, der ihn belastet, stehen. Dieser Schutz, der hauptsächlich durch die Art der Vernehmungsführung bewirkt wird, kann aber im Rechtshilfeverkehr nicht gewährleistet werden. Damit Fragen zu konnexen Tatsachen vermieden werden können, müssen die französischen Behörden den Sachverhalt gut kennen. Sie müssen wissen, welcher Vorwurf gegen den Hauptbeschuldigten besteht und inwiefern der vormals Mitbeschuldigte, nunmehr

---

<sup>839</sup> Es ist darauf hinzuweisen, dass nicht nur die Gefahr einer inländischen, sondern auch einer ausländischen Strafverfolgung zur Auskunftsverweigerung berechtigt, s. Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 55 Rn 7b.

<sup>840</sup> BGH, Beschl. v. 21.01.1958, Az.: GSSSt 4/57, BGHSt 11, 213. In der Literatur ist dies sehr umstritten, s. nur Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 182 mwN.

<sup>841</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 55 Rn 17.

Zeuge, in diesen Handlungsstrang verwickelt ist. Aus einer EEA, die nur zusammenfassende Informationen bezüglich des Verfahrens des Hauptbeschuldigten enthält, ergibt sich der Tatbeitrag des Zeugen nicht.

Fraglich ist aber, ob durch die Anordnung der Belehrungspflicht in der EEA der Schutz der Selbstbelastungsfreiheit des Zeugen hinreichend gewahrt wird. Dem steht entgegen, dass die Anerkennung eines Aussageverweigerungsrechts iSv § 55 Abs. 2 StPO im Ermessen des Vernehmungsorgans, bei der Vollstreckung einer EEA somit bei der ausländischen Vollstreckungsbehörde, liegt. Der Zeuge kann sich erst dann berechtigterweise auf ein Auskunftsverweigerungsrecht berufen, wenn der vernehmende Richter davon ausgeht, dass eine konkrete Gefahr der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens aufgrund einer Aussage droht. Zweifelhaft ist aber, ob ein ausländischer Richter diese Ermessensentscheidung ordnungsgemäß treffen kann<sup>842</sup>. Um die Prüfkompetenz aus § 55 Abs. 2 StPO voll ausschöpfen zu können, muss der Richter einerseits volle Kenntnis von dem zugrunde liegenden Sachverhalt, andererseits von dem Recht des Staates, in dem eine Verfahrenseinleitung möglich ist, haben. Im Falle eines Rechtshilfeverkehrs bedeutet dies mithin auch Kenntnis von der Rechtsordnung des Anordnungsstaates. Ein ausländischer Richter wird diese Rechtskenntnis üblicherweise nicht haben. Auch seine Sachkenntnis ist, wie oben gesehen, beschränkt. Es besteht somit die Gefahr, dass dem Zeugen entweder das Auskunftsverweigerungsrecht rechtswidrig versagt oder (zu Lasten des Beschuldigten) zu Unrecht zugesprochen wird.

Dieses Beispiel zeigt, dass die Anwendung des Grundsatzes des „forum regit actum“ an praktische Grenzen stößt, wenn die richtige Anwendung des ausländischen Rechts auch mit einer Kenntnis des Sachverhalts sowie des ausländischen Rechts einhergeht. Aus diesem Grund und auch aufgrund der Möglichkeit, dass die französischen Behörden eine Belehrung unterlassen und das Protokoll in einem französischen Verfahren verwertet wird, sprechen gute Gründe dafür die Vernehmung eines Mitbeschuldigten als Zeugen im Rahmen einer EEA aufgrund der Gefahr für die Selbstbelastungsfreiheit für unzulässig zu erachten, wenn nicht

---

<sup>842</sup> So auch Ahlbrecht/Börger, ZIS, 2008, S. 219.

mittels eines Fragebogens oder einer audiovisuellen Befragung die Einhaltung der deutschen Schutzvorschriften gewährleistet werden kann.

#### *(4) Eidliche Vernehmung*

Bevor auf die Probleme, die im Zusammenhang mit einer eidlichen Vernehmung entstehen könnten, eingegangen wird, ist vorab zu klären, ob der Eid nach deutschem und französischem Verständnis dieselbe Funktion erfüllt und somit überhaupt als Vergleichsbasis herangezogen werden kann.

Die Darstellung beider Rechtssysteme macht diesbezüglich strukturelle Unterschiede deutlich. Der Vereidigung in Deutschland, die zeitlich erst im Anschluss an die Zeugenvernehmung erfolgt, kommt während des Ermittlungsverfahrens ein Ausnahmecharakter zu. Der Zeuge wird zudem über die Möglichkeit der Vereidigung und die Konsequenz einer eidlichen Falschaussage (Meineid) zu Beginn der Vernehmung informiert. Das Gesetz kennt des Weiteren Eidesverbote und -verweigerungsrechte, wenn eine Person unter einem besonderen Druck der falschen Aussage steht. In Frankreich hingegen gilt im Rahmen einer „information“ eine ausnahmslose Eidespflicht zu Beginn einer jeden Zeugenvernehmung. Es macht sich strafbar, wer den Eid nicht leistet oder falsch aussagt. Im Rahmen der „enquête“ hingegen kann ein Zeuge nie eidlich vernommen werden.

Einer Gleichstellung des deutschen und französischen Eides könnte entgegengehalten werden, dass dem Eid in Frankreich kein Ausnahmecharakter zukommt, da er im Rahmen einer „information“ immer und einer „enquête“ nie geleistet werden muss. Man könnte somit davon ausgehen, dass sich die in Frankreich befragte Person keinem erhöhten Druck, wahrheitsgemäß auszusagen, ausgesetzt sieht. Dies könnte auch durch die Tatsache gestützt werden, dass eine Zeugenaussage trotz fehlerhafter Eidesleistung weiterhin verwertet werden kann, wenn damit



keine Verletzung der Beschuldigtenrechte einhergeht<sup>843</sup>. Folglich gilt die Eidesabnahme nicht als eine wesentliche Verfahrensvorschrift<sup>844</sup>.

Dem steht aber entgegen, dass das französische Recht zum einen die Eidesleistung dem stark formalisierten Verfahrensabschnitt der „information“ vorbehält und zum anderen eine Strafbarkeit nur im Falle einer eidlichen Falschaussage („*témoignage mensonger*“, s. Artt. 434-13, 434-14 CP) vorsieht. Insbesondere existiert anders als in Deutschland (s. § 153 StGB) eine Strafbarkeitsvorschrift aufgrund einer uneidlichen Falschaussage nicht. Aus diesem Grund entsteht eine besondere Zwangssituation für einen Zeugen in Frankreich im Falle einer Eidesleistung wahrheitsgemäß auszusagen. Damit kommt dieser Zeugenaussage ein besonderer Beweiswert zu. Zudem nimmt die ordnungsgemäße Abnahme des Eides nach *Capdeville* an Bedeutung zu<sup>845</sup>. Er verweist auf ein Urteil des französischen Kassationsgerichtshofs vom 10. Mai 2016<sup>846</sup>, demnach zwei Zeugenaussagen, die ohne Eid gem. Art. 103 CPP geleistet wurden, aufgrund einer Verletzung der Beschuldigtenrechte für nichtig befand. Diese Rechtsprechung sei weit auszulegen, so dass die Eidespflicht in Art. 103 CPP als „bedeutende Verfahrensvorschrift“ („*formalité substantielle*“) iSv Art. 172 CPP gelte, deren Nichtbeachtung stets eine Nichtigkeit nach sich ziehe, vgl. Art. 802 CPP.

Es kann somit festgehalten werden, dass der Eid sowohl in der deutschen als auch in der französischen Rechtsordnung eine besondere Rolle im Ermittlungsverfahren spielt und ihm die gleiche Funktion, die Steigerung des Beweiswerts einer Aussage, zukommt.

Wenn die deutsche Anordnungsbehörde keine eidliche Vernehmung wünscht, ist dies somit ausdrücklich in dem EEA-Formular anzugeben, um der allgemeinen Eidespflicht nach französischem Recht entgegenzuwirken. Vernehmen die französischen Behörden den Zeugen

---

<sup>843</sup> Crim., Urt. v. 10.05.2016, Nr. 15-87.713, Bull. crim. Nr. 139; Crim., Urt. v. 01.01.1986, Nr. 94-83.916, Bull. crim. Nr. 2; Guerrin, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Nullités de procédure, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2016, Rn 116.

<sup>844</sup> Guéry, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Témoin assisté, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2016, Rn. 272.

<sup>845</sup> Capdeville, L'obligation de prêter serment – Cour de cassation, crim. 10 mai 2016, AJ Pénal, 2016, S. 499.

<sup>846</sup> Crim., Urt. v. 10.05.2016, Nr. 15-87.713, Bull. crim. Nr. 139.

dennoch eidlich, so hat dies im Grunde zunächst keine Auswirkung auf die Verwertbarkeit der Aussage. Es kann sich daraus aber eine (zusätzliche) Strafbarkeit des Zeugen ergeben. Auf den Themenkomplex der strafbaren Falschaussage/des Meineids im Rahmen einer ausländischen Zeugenvernehmung wird aufgrund des materiell-rechtlichen Aspekts in einem gesonderten Abschnitt einzugehen sein.

Eine Ausnahme von der Verwertbarkeit der Aussage könnte sich in Fällen der Vernehmung eines Angehörigen oder vormals Mitbeschuldigten ergeben, vgl. §§ 60 Nr. 2, 61 StPO. Fraglich ist, welche Folgen es hätte, wenn ein Angehöriger beziehungsweise vormals Mitbeschuldigter dennoch im Rahmen einer EEA-Vernehmung einen französischen Voreid leisten würde.

Der BGH entschied schon mehrfach in nationalen Verfahren, dass sich ein Urteil nicht auf eine eidliche Vernehmung eines Zeugen, der nicht über sein Eidesverweigerungsrecht belehrt worden ist, stützen darf<sup>847</sup>. Diese Entscheidung stützt sich wiederum auf den Schutz der Familie, der auch von § 52 StPO intendiert wird. Mit Blick auf die hohe Strafdrohung des § 154 StGB steht die betroffene Person im Falle einer Eidespflicht sogar unter einem besonderen Druck gegen den Beschuldigten auszusagen. Somit sprechen wie schon im Rahmen der Belehrung über ein persönliches Zeugnisverweigerungsrecht gute Gründe dafür auch die Belehrung über das Eidesverweigerungsrecht als wesentliche Verfahrensvorschrift anzuerkennen. Um eine Verwertung in dem nationalen Hauptverfahren zu gewährleisten, müssen die deutschen Behörden die französischen Behörden folglich stets auf die Belehrungspflicht aus § 61 S. 2 StPO hinweisen.

Wenn gegen das Vereidigungsverbot des § 60 Nr. 2 StPO verstoßen wurde, geht der BGH hingegen von der Verwertbarkeit in dem Verfahren gegen den Hauptbeschuldigten aus, wenn die Aussage als uneidliche Aussage behandelt wird, wobei das Gericht der Hauptverhandlung auf den neuen Beweiswert hinweisen muss<sup>848</sup>. Wenn ein solcher Hinweis unterbleibt, ist dies ausnahmsweise dann unbeachtlich, wenn die Verteidigung ihre Verteidigungsrechte durch

---

<sup>847</sup> BGH, Beschl. v. 05.12.2007, Az.: 5 StR 331/07 – hrr-strafrecht; BGH, Urt. v. 28.04.1961, Az.: 4 StR 59/61 – jurion.

<sup>848</sup> BGH, Urt. v. 18.05.2000, Az.: 4 StR 467/99, BGHSt 46, 73 – jurion; BGH, Urt. v. 23.04.1953, Az.: 4 StR 635/52, BGHSt 4, 130.

Beweisanträge, Fragen, etc. trotz fehlenden Hinweises wirksam ausgeschöpft hat<sup>849</sup>. Ein ausländisches Vernehmungsverbot, das das Vereidigungsverbot gebrochen hat, wäre folglich auch verwertbar. Es besteht aber wiederum die Gefahr einer Verwertung in einem französischen Verfahren gegen den Zeugen selbst, so dass im Sinne eines weiten, grenzüberschreitenden Schutzes der Selbstbelastungsfreiheit nach deutschem Verständnis die deutschen Behörden stets auch auf das Eidesverbot aus § 60 Nr. 2 StPO hinweisen, beziehungsweise in solchen Fällen gänzlich von einer EEA-Anordnung absehen sollten.

Wenn die deutschen Behörden eine Vereidigung explizit wünschen, kann der französische Untersuchungsrichter diesem Wunsch gem. Art. 694-36 CPP nachkommen. Fraglich ist, ob der französische Untersuchungsrichter auch einen religiösen Eid iSv § 64 Abs. 1 StPO abnehmen kann. Die Beantwortung dieser Frage bedürfte jedoch einer vertieften Auseinandersetzung mit dem Grundsatz der Laizität<sup>850</sup>, der in Art. 1 der französischen Verfassung von 1958 verankert ist. Im Rahmen dieser Arbeit ist dies nicht möglich.

#### *(5) Rechte des Beschuldigten*

Fraglich ist, ob im Rahmen einer ausländischen Zeugenvernehmung auch auf die Wahrung von Beschuldigtenrechten nach deutschem Verständnis, mithin dem Anwesenheitsrecht und der Benachrichtigungspflicht des Verteidigers und des Beschuldigten (§ 168c StPO) geachtet werden muss.

Dies bejaht der BGH in einem Beschluss vom 3. November 1987<sup>851</sup>. Demnach seien zwar grundsätzlich nur die für das ausländische Gericht maßgebenden Vorschriften einzuhalten. Der

---

<sup>849</sup> BGH, Urt. v. 18.05.2000, Az.: 4 StR 467/99, BGHSt 46, 73 – jurion.

<sup>850</sup> s. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2016 („*laïcité*“).

<sup>851</sup> BGH, Beschl. v. 03.11.1987, Az.: 5 StR 579/87, BGHSt 35, 82. In diesem Beschluss wurde das Vernehmungsprotokoll eines in den Niederlanden vernommenen Zeugen in der Revision für unverwertbar erklärt. Grund dafür war, dass der deutsche Richter zwar das niederländische Gericht gebeten hat, ihn rechtzeitig über den Termin der Zeugenvernehmung zu informieren, um den Angeklagten und dessen Verteidiger von diesem Termin zu benachrichtigen. Jedoch gab er gleichzeitig in dem Ersuchen an, dass die Sache sehr eilt. Aus diesem Grund hat das niederländische Gericht sehr kurzfristig den Termin zur Zeugenvernehmung bestimmt, so dass der deutsche Richter tatsächlich nicht genügend Zeit hatte, die zur Anwesenheit Berechtigten hierüber zu benachrichtigen. Der BGH hielt das Vernehmungsprotokoll aufgrund dieser fehlenden Benachrichtigung für unverwertbar. Eine Benachrichtigung dürfe nur dann unterbleiben, wenn der Untersuchungserfolg gefährdet werde (s. § 168c Abs. 5 S. 2 StPO). Eine solche Gefahr bestand im Einzelfall jedoch nicht. Der BGH führt dazu aus: „*Bei Vernehmungen im Ausland brauchen allerdings nur die für das ausländische Gericht maßgebenden Verfahrensvorschriften*

ersuchende Richter müsse aber darauf hinwirken, dass nach Möglichkeit auch die Vorschriften des deutschen Rechts beachtet werden<sup>852</sup>. Diese Verpflichtung ergebe sich aus Art. 4 des Übereinkommens 2000<sup>853</sup> (dessen Inhalt fast wörtlich nun auch in Art. 9 RL übernommen wurde), so dass der ersuchende Richter in dem Rechtshilfeersuchen die Bitte aussprechen muss, ihn von dem anberaumten Termin so rechtzeitig zu benachrichtigen, dass der Angeklagte und der Verteidiger von dem Zeitpunkt der Beweisaufnahme verständigt werden und gegebenenfalls an ihr teilnehmen können. Ein Hinweis auf eine besondere Dringlichkeit, die die Benachrichtigungspflicht aus § 168c Abs. 5 S. 1 StPO entfallen lässt (s. § 168c Abs. 5 S. 2 StPO), dürfe nur dann erfolgen, wenn die Voraussetzungen der Gefährdung des Untersuchungserfolgs tatsächlich vorliegen. Wird diese Pflicht verletzt oder kommen die ausländischen Behörden diesen Angaben nicht nach, so kann das richterliche Vernehmungsprotokoll nicht in der Hauptverhandlung verlesen werden.

Der Grundsatz des „forum regit actum“ wurde mit der RL noch gestärkt, so dass die Anordnungsbehörde heute umso mehr auf das Anwesenheitsrecht und die Benachrichtigungspflicht hinweisen müssten.

---

*eingehalten zu werden. Der ersuchende Richter muß aber darauf hinwirken, daß nach Möglichkeit auch die Vorschriften des deutschen Rechts beachtet werden. Er darf insbesondere nicht selbst dazu Anlaß geben, daß ein im ausländischen Recht nicht begründeter Verstoß gegen deutsche Vorschriften vorkommt (vgl. Alsberg/Nüse/Meyer, Der Beweis Antrag im Strafprozeß 5. Aufl. S. 268 mit weiteren Nachweisen).(...) Der Vorsitzende der Strafkammer mußte deshalb in dem Rechtshilfeersuchen die Bitte aussprechen, ihn von dem anberaumten Termin so rechtzeitig zu benachrichtigen, daß der Angeklagte und sein Verteidiger von dem Zeitpunkt der Beweisaufnahme verständigt werden und gegebenenfalls an ihr teilnehmen konnten (vgl. Nr. 29 Abs. 2 RiVAST). Das hat er in seinem Schreiben vom 14. Mai 1987 auch getan. Er hat aber hinzugefügt: "Die Sache ist besonders eilbedürftig, weil sich M. d. O. B. in Haft befindet und der Termin zur Fortsetzung der nur unterbrochenen Hauptverhandlung bereits auf den 22. Mai 1987 bestimmt ist".*

*Wegen dieses Hinweises auf die Eilbedürftigkeit hat der niederländische Richter den Termin für die Vernehmung des Zeugen so kurzfristig anberaumt, daß keine Gelegenheit bestand, den Angeklagten und seinen Verteidiger hiervon zu benachrichtigen. Das hat er ausdrücklich im Protokoll vermerkt.*

*Damit ist das Recht der Verteidigung, bei der Vernehmung anwesend zu sein, unzulässig beschränkt worden. Zwar hätte die ordnungsmäßige Benachrichtigung der Beteiligten das Verfahren verzögern können. Dies rechtfertigte aber nicht, von ihr abzusehen. Es ist nicht ersichtlich, daß ein Aufschub der Vernehmung den Untersuchungszweck gefährdet hätte, zumal der Zeuge in Haft war und nach seinen Angaben eine elfjährige Freiheitsstrafe verbüßte.“*

<sup>852</sup> Diese Entscheidung erging obwohl es in der Rechtsprechung umstritten ist, ob die fehlende Benachrichtigung in einem nationalen Verfahren zu einer Unverwertbarkeit führt, s. BGH, Urt. v. 26.11.1986, Az.: 3 StR 390/86, BGHSt 34, 231 (offengelassen aber mit Ausführung von Argumenten für die Verwertbarkeit); BGH, Urt. v. 03.11.1982, Az.: 2 StR 434/82, BGHSt 31, 140; BGH, Urt. v. 11.05.1976, Az.: 1 StR 166/76, BGHSt 26, 332.

<sup>853</sup> So in Folge auch BGH, Beschl. v. 15.03.2007, Az.: 5 Str 53/07 – hrr-strafrecht (bzgl. einer Zeugenvernehmung in Frankreich).

Die Bedeutung des Anwesenheitsrechts zeigt sich auch in Art. 6 Abs. 3d) EMRK, der einem Angeklagten das Recht zuspricht Belastungszeugen Fragen zu stellen oder stellen zu lassen<sup>854</sup> und so einen unmittelbaren Eindruck des Zeugen zu erhalten<sup>855</sup>. Auf diesem Grundsatz sind auch einige Urteile des EGMR begründet<sup>856</sup>, wobei insbesondere das anschauliche Verfahren des Gerichtshofs aus dem Jahre 1999<sup>857</sup>, das ein italienisches Verfahren für nicht mit den Grundsätzen des „fair trial“ vereinbar hielt, im Folgenden näher dargestellt werden soll. In dem Urteil wurde festgehalten, dass das Recht des Angeklagten und dessen Verteidiger Fragen an einen Belastungszeugen zu stellen Ausfluss des Grundsatzes der Rechtsstaatlichkeit eines Verfahrens sei und im Laufe eines Strafverfahrens gewährleistet werden muss. Diesem Urteil lag der Sachverhalt zugrunde, dass ein italienischer Staatsangehöriger (A.M.) von einem Minderjährigen beschuldigt wurde ihn während eines Aufenthaltes in Italien sexuell bedrängt zu haben. Der Minderjährige und sein Vater zeigten A.M. in Seattle/USA an. Die italienischen Behörden erließen ein Rechtshilfeersuchen, um den Minderjährigen sowie seinen Vater in Seattle zu vernehmen. Die Vernehmung erfolgte durch einen amerikanischen Polizisten ohne Anwesenheit des Verdächtigen oder des Verteidigers. Es wurden zudem weitere Zeugen von den amerikanischen Behörden geladen, die jedoch nur schriftlich über die ihnen anvertrauten Aussagen des Minderjährigen bezüglich des Aufenthalts in Italien berichteten. In Italien wurde Anklage erhoben. In dem sich anschließenden Gerichtsverfahren erschien weder das Opfer noch die Belastungszeugen. Die Protokolle der Vernehmungen wurden verlesen und die Verurteilung des Angeklagten auf diese Inhalte gestützt.

Der EGMR nahm eine Gesamtabwägung vor um zu ermitteln, ob das Verfahren den Grundsätzen des „fair trial“ entsprach. Der Gerichtshof verneinte dies unter anderem aufgrund der Tatsache, dass weder der Angeklagte noch sein Verteidiger bei der Befragung der Belastungszeugen in Amerika anwesend sein durften und das ihnen zustehende Fragerecht auch nicht im späteren Verfahren nachholen konnten. Das Recht Fragen an einen Belastungszeugen

---

<sup>854</sup> Barth/Koch, in Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands, S. 112, 113; Gleß, in FS für Jürgen Wolter, S. 1356; dies., ZStW, 2013, S. 584.

<sup>855</sup> Günther, in FS für Gunter Widmaier, S. 263.

<sup>856</sup> EGMR, Urt. v. 14.12.1999, Nr. 37019/97, A.M. c/ Italien, StraFO 2000, 374 – hudoc; EGMR, Urt. v. 19.12.1991, Serie A, Nr. 191, Delta c/Frankreich - hudoc.

<sup>857</sup> EGMR, Urt. v. 14.12.1999, NR. 37019/97, A.M. c/ Italien, StraFO 2000, 374 – hudoc.

zu stellen sei Ausfluss eines fairen Verfahrens iSv Art. 6 EMRK. Der Gerichtshof besagt zwar nicht, dass ein Angeklagter oder Verteidiger stets im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens zu einer Zeugenvernehmung geladen werden muss<sup>858</sup>, sondern vielmehr, dass sie ihr Fragerecht im Laufe des Strafverfahrens wirksam ausüben können müssen<sup>859</sup>. Diese Rechtsprechung entfaltet jedoch eine Indizwirkung für den unionsrechtlichen Rechtshilfeverkehr. Hier besteht die Gefahr, dass der Zeuge an dem Erscheinen in der späteren Hauptverhandlung verhindert sein könnte und der Angeklagte oder sein Verteidiger das ihnen zustehende Fragerecht folglich nicht ausüben, beziehungsweise nicht mehr nachholen könnten. Um die Gefahr der Verletzung des Fragerechts zu vermeiden, ist daher auf eine frühzeitige Beteiligung an einer Zeugenvernehmung, wenn möglich im Ermittlungsverfahren, zu achten.

*(6) Beschränkung von wesentlichen Grundsätzen der französischen Strafprozessordnung*

Das französische Recht kennt keine besonderen Zeugenrechte, sodass durch die Anwendung der dem Zeugen- und Beschuldigtenschutz dienenden deutschen Vorschriften eine Beschränkung von Rechten der Parteien oder wesentlichen Grundsätzen der französischen Rechtsordnung iSv Art. 694-36 CPP nicht in Betracht kommt.

eee) Vollstreckung am Maßstab der Vorschriften einer „enquête“

*(1) Zwangsmaßnahmen gegen einen Zeugen*

Wenn die Staatsanwaltschaft (respektive ihre polizeilichen Ermittlungsbeamten) einen Zeugen aufgrund einer EEA zur Vernehmung lädt, können im Falle des Nichterscheinens sowie des Nichtaussagens keine Strafen gegen den Zeugen verhängt werden. Die Strafvorschrift des Art. 434-15-1 CP findet nur bei Vernehmungen durch den „juge d’instruction“ Anwendung. Das Gleiche gilt für die Falschaussage („témoignage mensonger“), die nur strafbar ist, wenn sie unter Eid vor einer richterlichen Stelle abgegeben wurde<sup>860</sup>, s. Art. 434-13 CP. Der Verweis

---

<sup>858</sup> Laut Gerichtshof ergeben sich einzelne Beweisverwertungsverbote aus der nationalen Rechtsordnung, nicht jedoch aus der EMRK, s. EGMR, Urt. v. 14.12.1999, Nr. 37019/97 (Rn 24), A.M. c/ Italien, StraFO 2000, 374 – hudoc.

<sup>859</sup> Gless, in FS für Jürgen Wolter, S. 1357.

<sup>860</sup> Mayaud, La crédibilité, critère du mensonge punissable en droit pénal, AJ Pénal, 2008, S. 111.

in Art. 694-48 Abs. 2 CPP geht damit ins Leere, wenn ein Staatsanwalt die EEA vollstreckt. Aufgrund der fehlenden Wahrheitspflicht ist der Beweiswert der Aussage gemindert.

Es können jedoch Zwangsmaßnahmen gegen einen Zeugen, der einer staatsanwaltlichen bzw. polizeilichen Ladung nicht nachgekommen ist, verhängt werden, s. Art. 78 Abs. 1 S. 1 CPP.

### *(2) Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrechte*

Um eine ausländische Zeugenaussage verwerten zu können, müssen wie im Rahmen einer „information“ die Belehrungspflichten aus § 52 Abs. 3 S. 1 und § 55 Abs. 2 StPO eingehalten werden. Es kann insoweit nach oben verwiesen werden.

Hinsichtlich des Eidesverweigerungsrechts aus § 61 StPO sowie dem Eidesverbot gem. § 60 Nr. 2 StPO entsteht im Falle der Vernehmung durch einen Staatsanwalt oder OPJ keine Gefahr, da diese nicht zur Abnahme eines Eides ermächtigt sind. Im Umkehrschluss ergibt sich aber auch, dass dem Wunsch nach einer eidlichen Vernehmung der deutschen Anordnungsbehörde nicht entsprochen werden kann (s. auch Art. 694-38 CPP zzgl. Unterrichtungspflicht in Abs. 4).

### *(3) Rechte des Beschuldigten*

Im Rahmen einer „information“ gilt das Anwesenheitsrecht und die Benachrichtigungspflicht des Beschuldigten und des Verteidigers iSv § 168c Abs. 5 StPO als wesentliche Verfahrensvorschrift. Fraglich ist, ob dies auch für die Vernehmung durch einen französischen Staatsanwalt, beziehungsweise dessen polizeiliche Ermittlungsbeamte gilt. Dies wäre aber nur der Fall, wenn eine solche Vernehmung einer richterlichen Vernehmung iSv § 168c Abs. 2 S. 1 StPO gleichstehen würde. Es wurde jedoch schon weiter oben gesehen, dass die Zeugenvernehmung durch einen französischen Staatsanwalt keiner richterlichen Zeugenvernehmung iSv § 168c Abs. 2 S. 1 StPO entspricht. Folglich müssen dann auch die besonderen Verfahrensvorschriften, die während einer richterlichen Zeugenvernehmung gelten, nicht eingehalten werden. Etwas anderes ergebe sich nur, wenn ein Protokoll, das von einem französischen Staatsanwalt angefertigt wurde, in Deutschland entgegen der hier vertretenen Ansicht gleich einem richterlichen Vernehmungsprotokoll verlesen werden könnte.

*(4) Beschränkung von wesentlichen Grundsätzen der französischen Strafprozessordnung*

Es ist wiederum keine Kollision mit französischem Recht iSv Art. 694-36 CPP zu befürchten, da dem Zeugen im Verfahrensabschnitt der „enquête“ keine besonderen Rechte zukommen.

fff) Vollstreckung am Maßstab der Vorschriften der „criminalité organisée“

Die Artt. 706-73 ff. CPP sehen keine Sondervorschriften für eine Zeugenvernehmung vor, so dass auf die obigen Ausführungen bezüglich einer „information“ und „enquête“ verwiesen werden kann.

ggg) Zeugenvernehmung ordnungsgemäß nach französischem Recht

In einem nächsten Schritt ist zu prüfen, ob eine Zeugenaussage auch dann in Deutschland verwertet werden kann, wenn die Vernehmung ordnungsgemäß nach französischem Recht abgelaufen ist. Der von der deutschen Rechtsprechung entwickelte Grundsatz lautet, dass eine Zeugenvernehmung, die ordnungsgemäß nach dem Recht des Vollstreckungsstaates abgelaufen ist (z.B., weil die Maßnahme vor der Einleitung des deutschen Ermittlungsverfahrens vorgenommen wurde) immer dann verwertbar ist, wenn das ausländische Recht fehlerfrei angewandt wurde. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn die Verwertung mit wesentlichen nationalen Verfahrensprinzipien oder den Vorschriften der EMRK kollidieren würde.

*(1) Zeugenvernehmung in Rahmen einer „information“*

Es gilt in diesem Verfahrensstadium eine absolute Erscheins-, Aussage-, Eides- sowie Wahrheitspflicht. Das französische Recht kennt weder Zeugnis-, Auskunfts-, oder Eidesverweigerungsrechte bzw. -verbote noch Anwesenheitsrechte.

Das persönliche Zeugnis- und Eidesverweigerungsrecht sowie das Anwesenheitsrecht des Beschuldigten und des Verteidigers stellen jedoch wesentliche Elemente der deutschen Rechtsordnung dar. All die Rechte, die dem Zeugen einerseits sowie dem Angeklagten und dessen Verteidiger andererseits zugesprochen werden, dienen der Herstellung einer Waffengleichheit und folglich der Sicherstellung eines rechtsstaatlichen Verfahrens iSv Art. 6 und Art. 8 EMRK. Eine Zeugenvernehmung, die diese Rechte ignoriert, so im Falle der



Vernehmung im Rahmen einer „information“, wäre folglich in einem deutschen Strafverfahren unverwertbar.

*(2) Zeugenvernehmung im Rahmen einer „enquête“*

Die Zeugenvernehmung im Rahmen einer „enquête“ kennt ebenfalls weder besondere Rechte des Zeugen, noch des Beschuldigten (und dessen Verteidiger). Fraglich ist, ob dieser Umstand gleichermaßen zu einer Unverwertbarkeit führen würde. Dem könnte jedoch entgegengehalten werden, dass die Vernehmung im Rahmen einer „enquête“ qualitativ eine andere Situation darstellt als im Rahmen einer „information“. So ist zunächst festzuhalten, dass es auf eine Benachrichtigung von Verteidiger und Angeklagte nicht ankommt, da ein solches Vernehmungsprotokoll nach der hier vertretenen Ansicht nicht gleich einem richterlichen Protokoll iSv §§ 251 Abs. 2, 252 StPO verlesen werden dürfte. Zudem kommen keine Verstöße gegen §§ 60 Nr. 2, 61 StPO in Betracht, da der Staatsanwalt keinen Eid abnehmen kann.

Es bleibt das Problem, dass ein Zeuge weder über ein persönliches Zeugnis-, noch Auskunftsverweigerungsrecht belehrt wurde. Im Gegensatz zu einer „information“ ist hier jedoch beachtlich, dass ein Zeuge aussagt, obwohl ihn im Rahmen einer „enquête“ weder eine Auskunfts- noch Wahrheitspflicht trifft. Es ist fraglich, ob dieser Umstand dazu führt, dass eine solche Zeugenvernehmung trotz Verstoß gegen die Belehrungspflichten aus §§ 52 Abs. 3 S. 2, 55 Abs. 2 StPO verwertet werden könnte<sup>861</sup>.

Dazu ist zu hinterfragen, welchen Zweck die Vorschriften der §§ 52, 55 StPO verfolgen. Das Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrecht statuiert eine Ausnahme zu der sonst geltenden, allgemeinen Auskunftspflicht (s. § 48 Abs. 1 S. 2 StPO), die auch zwangsweise durchgesetzt werden kann (s. § 70 Abs. 1, 2, 3 StPO). Die Person, die auf Grundlage des § 48 Abs. 1 S. 2 StPO gegen einen nahen Angehörigen (somit dem Schutzbereich des Art. 6 GG und Art. 8 EMRK unterfällt), sowie die Person, die gegen sich selbst aussagen müsste

---

<sup>861</sup> Diese Situation unterscheidet sich von dem obigen Sachverhalt in Abschnitt eee), da im Rahmen der Anordnung einer EEA die deutschen Behörden die Möglichkeit haben und sie damit die Pflicht trifft, auf die Einhaltung aller wesentlichen Verfahrensvorschriften nach nationalem Recht hinzuwirken. Wenn eine Zeugenvernehmung hingegen ordnungsgemäß allein nach ausländischem Recht abgelaufen ist, besteht diese Möglichkeit nicht, so dass nach anderen Maßstäben zu beurteilen ist, ob die Zeugenvernehmung in Einklang mit der deutschen Rechtsordnung steht.

(und damit dem Schutzbereich der Selbstbelastungsfreiheit unterfällt, s. Artt. 2 Abs. 1, 1 GG<sup>862</sup>), sollen von dieser Zwangssituation befreit werden<sup>863</sup>. Damit wird aber nicht nur der Schutz des Zeugen, sondern auch des Beschuldigten vor der Verwertung konfliktbehafteter und daher in ihrem Beweiswert geminderter Aussagen, sowie der Schutz der Wahrheitsfindung intendiert<sup>864</sup>. Das deutsche Strafverfahren kennt dabei keinen Verfahrensabschnitt während des Ermittlungsverfahrens, der eine Ausnahme von dieser allgemeinen Auskunftspflicht vorsieht.

Dies gilt nicht im Rahmen des französischen Strafverfahrens, da hier während der „enquête“ eine Auskunfts- und Wahrheitspflicht gerade nicht besteht. Aufgrund dieser Freiheit des Zeugen sprechen gute Gründe dafür, ein solches Vernehmungsprotokoll in einem deutschen Verfahren zu verwerten. So ist auch in einem deutschen Verfahren anerkannt, dass Äußerungen, die ein Zeuge vor oder außerhalb der Verhandlung aus freien Stücken getan hat (z.B. im Rahmen einer Strafanzeige ohne Vernehmungscharakter), von dem Verlesungsverbot aus § 252 StPO nicht erfasst werden<sup>865</sup>. Zudem ist zu beachten, dass der staatsanwaltlichen Zeugenvernehmung mangels Aussage-, und Wahrheitspflicht ohnehin ein sehr geringer Beweiswert zukommt und keine wesentliche Rolle in dem deutschen Verfahren spielen dürfte.

#### cc) Vollstreckung einer französischen EEA in Deutschland

##### aaa) Anordnungsbehörde

Sowohl die Staatsanwaltschaft als auch der „juge d’instruction“ können im Rahmen einer laufenden „enquête“ bzw. „information“ eine EEA anordnen, s. Art. 694-20 Abs. 1 CPP.

Hinsichtlich der Anordnung einer EEA ist mit Blick auf Zeugenvernehmungen das Verbot des „forum shopping“, das in Art. 694-20 Abs. 3 CPP statuiert ist, zu beachten. Die französischen Behörden dürften somit nicht die Vernehmung einer Person, die einem absoluten

---

<sup>862</sup> S. nur BGH, Beschl. v. 13.10.2015, Az.: 3 StR 344/15, NStZ 2016, 220.

<sup>863</sup> Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt, § 52 Rn 1; Ahlbrecht/Börgers, ZIS, 2008, S. 218, 219.

<sup>864</sup> Umstritten, s. BGH, Urt. v. 20.12.2012, Az.: 3 StR 117/12 – freecases.eu; BGH, Urt. v. 18.10.1957, Az.: 5 StR 383/57 – jurion; aA Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 52 Rn 1 (mwN).

<sup>865</sup> BGH, Urt. v. 25.03.1998, Az.: 3 StR 686/97 – jurion; BGH, Urt. v. 30.10.1951, Az.: 1 StR 67/51 – jurion; Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 252 Rn 8 (mwN).

Berufsgeheimnis unterliegt, beantragen. Diese Personen gelten als zeugnisunfähig, s. Art. 109 Abs. 1 CPP iVm Artt. 226-13, 226-14 CP. Diese Beschränkung spielt im deutsch-französischen Rechtshilfeverkehr eine Rolle, da die Rechtsordnungen unterschiedliche Berufsgeheimnisträger kennen (Bsp.: „huissier“ – der Gerichtsvollzieher). In Deutschland ist die Vernehmung eines Berufsgeheimnisträger erlaubt, eine Zeugnisunfähigkeit nach französischem Verständnis existiert nicht. Die Rechtsprechung geht sogar einen Schritt weiter und hält Aussagen trotz des Verstoßes gegen die §§ 203, 204 StGB (die die Verletzung der Geheimhaltungspflicht unter Strafe stellen) für verwertbar.

Aufgrund des Verbots des „forum shopping“ dürfte auch keine Zeugenvernehmung einer Person, die in einem abgetrennten Verfahren „mise en examen“ ist, in Deutschland beantragt werden (s. Artt. 105, 182 iVm Art. 694-20 Abs. 3 CPP).

bbb) Zulässigkeit der Vollstreckung

*(1) § 91b IRG*

Die Zulässigkeitsprüfung einer EEA, die auf eine Zeugenvernehmung gerichtet ist, ruft nach einer eingehenderen Betrachtung. So bestimmt § 91b Abs. 1 Nr. 2a) IRG:

*„Die Leistung der Rechtshilfe ist nicht zulässig, soweit Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrechte, insbesondere nach den §§ 52, 53 oder 55 der Strafprozessordnung, oder hierauf Bezug nehmende Vorschriften entgegenstehen (...)“.*

Vorschriften, die auf die §§ 52, 53, 55 StPO Bezug nehmen, sind unter anderem die §§ 60 Nr. 2, 61 (Eidesverbot/Eidesverweigerungsrecht) sowie § 160a StPO.

Die Vorschrift des § 91b Abs. 1 Nr. 2a IRG intendiert offensichtlich einen Schutz von persönlichen und beruflichen Zeugnisverweigerungsrechten (§§ 52, 53 StPO) sowie dem Auskunftsverweigerungsrecht (§ 55 StPO). Fraglich ist jedoch, ob die Vorschrift dahingehend auszulegen ist, dass eine EEA, die die Vernehmung eines Angehörigen, Berufsgeheimnisträgers

oder eines tatverdächtigen Zeuge iSv § 55 StPO anordnet, stets unzulässig ist, weil Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrechte „entgegenstehen“<sup>866</sup>.

Hierfür könnte sprechen, dass die Zulässigkeitsprüfung iSv § 91b IRG zum Zeitpunkt des Erhalts der ausländischen EEA erfolgt. Sie liegt mithin zeitlich vor der Bewilligung (§ 91e IRG) und der Vollstreckung (§ 91h IRG) der Maßnahme. Wenn in diesem Stadium geprüft werden muss, ob Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrechte entgegenstehen, so könnte dies bedeuten, dass sobald einer Person ein solches Recht zusteht, deren Vernehmung unzulässig ist. Der Gesetzgeber hätte damit einen umfassenden Schutz *a priori* vorgesehen. Gegen eine solche Auslegung spricht aber, dass § 91h Abs. 3 S. 4 IRG, der im Rahmen von audiovisuellen Zeugenvernehmungen Anwendung findet, davon ausgeht, dass Zeugen trotz Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht vernommen werden dürfen. So heißt es: „*Zeugen und Sachverständige sind über die Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrechte zu belehren, die ihnen nach dem Recht des ersuchenden Mitgliedstaates und nach deutschem Verfahrensrecht zustehen.*“ § 91h Abs. 1 IRG greift aber erst, wenn die Zulässigkeit der Maßnahme gem. § 91b IRG bejaht wurde.

Eine Auslegung des § 91b IRG dahingehend, dass dieser einen Schutz *a priori* vorsieht, würde zudem in der Praxis Probleme bereiten. Zum einen würde dies eine erhebliche Beschränkung der Effizienz der unionsrechtlichen Rechtshilfe bedeuten. Zum anderen wäre der damit bezweckte Schutz trügerisch, denn Ermittlungsbehörden werden in der Regel erst im Laufe der Vorbereitung der Vernehmung von einem Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht Kenntnis erlangen. Somit ist § 91b IRG dahingehend auszulegen, dass sich der Begriff „entgegenstehen“ nur auf Vorschriften beziehen kann, die ein absolutes Vernehmungsverbot statuieren (§§ 60, 160a Abs. 1 StPO). In allen anderen Fällen können Zeugnis- und

---

<sup>866</sup> In der einschlägigen Literatur findet sich keine Auseinandersetzung mit dieser Frage. *Ahlbrecht* weist lediglich kurz auf die Unzulässigkeit von Maßnahmen hin, soweit diesen Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrechten bzw. Immunitäts- oder Indemnitätvorschriften entgegenstehen, in *Ahlbrecht/Böhm/Esser/Eckelmanns, Internationales Strafrecht*, S. 506.

Auskunftsverweigerungsrechte erst im Rahmen der eigentlichen Vollstreckung der Maßnahme berücksichtigt werden<sup>867</sup>.

## *(2) Verhältnismäßigkeitsprüfung*

Im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung einer ausländischen EEA ist fraglich, ob diese am Maßstab der besonderen Verhältnismäßigkeitsmaxime des § 160a Abs. 2 StPO gemessen werden kann. Die Möglichkeit eine EEA auf ihre Verhältnismäßigkeit zu überprüfen ist nunmehr ausdrücklich in § 91b Abs. 3 IRG, der die Umsetzung des Art. 1 Abs. 4 RL darstellt, vorgesehen. Im Anwendungsbereich des § 160a Abs. 2 StPO, der sich jedoch nicht auf Zeugenvernehmungen erstreckt, werden die Verhältnismäßigkeitserwägungen nach deutschem Verständnis daher wohl auch in die Zulässigkeitsprüfung einer EEA fließen. Ob eine umfassende Prüfung der Verhältnismäßigkeit anhand des EEA-Formulars und der darin enthaltenen Sachverhaltsbeschreibung möglich ist, ist jedoch zweifelhaft.

ccc) Vollstreckung einer französischen EEA im Rahmen einer „information“

Nachdem die deutsche Vollstreckungsbehörde sowohl die Zulässigkeit einer EEA geprüft, als auch die Bewilligung der Vollstreckung bejaht hat, würde sie zu der eigentlichen Vollstreckung der Maßnahme schreiten und den Zeugen zunächst zu der Vernehmung laden. Fraglich ist, ob die deutschen Behörden bei einem Nichterscheinen des Zeugen bzw. wenn dieser zwar erscheint aber die Aussage verweigert gegen diese Zwangsmaßnahmen (s. §§ 51, 70 StPO) anordnen könnten. Das IRG schweigt hierzu, die Ausnahme aus § 61c IRG gilt nur für audiovisuelle Vernehmungen. Folglich finden die allgemeinen Vorschriften Anwendung, s. §§ 91a Abs. 4, 77 Abs. 1 IRG iVm §§ 51, 70 StPO<sup>868</sup>.

---

<sup>867</sup> Hierzu vergleichbar im Zusammenhang mit nationalen Strafverfahren und der Neuregelung der Zeugnispflichten mit Gesetz vom 17.08.2017 zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens, *Soiné*: „Die Regelung festigt die allgemeine Auffassung, wonach die Existenz eines Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrechts der Pflicht zum Erscheinen vor einer zuständigen Behörde nicht entgegensteht.“, *NStZ*, 2018, S. 141.

<sup>868</sup> Grotz, in *Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas*, § 61c Rn 2; Lagodny, in *S/L/G/H*, § 61c Rn 5; Ambos/König/Rackow, *Rechtshilferecht in Strafsachen*, S. 748.

Die Vollstreckung würde sodann gem. § 91h Abs. 2 IRG entsprechend den Vorgaben der französischen Behörden ablaufen, wenn dies nicht mit wesentlichen Grundsätzen der deutschen Strafprozessordnung kollidieren würde.

Mit Blick auf die Artt. 103 ff. CPP werden die französischen Behörden im Rahmen einer „information“ eine richterliche, eidliche Vernehmung beantragen. Fraglich ist, ob eine Vernehmung durch einen deutschen Staatsanwalt in Frankreich im Rahmen einer „information“ verwertbar wäre. Die französische Rechtsprechung setzt sich mit dieser Thematik nicht auseinander. Dies könnte damit zusammenhängen, dass die Vernehmung eines Zeugen durch eine Richterfigur in Frankreich nicht wesentlich ist. So können auch französische Polizeiermittler die Vernehmung durchführen, s. Art. 152 CPP. Es gibt im Gegensatz zu der Vernehmung einer Person „mise en examen“ (s. Art. 152 Abs. 2 S. 1 CPP) keine Vorschrift, die zwingend die richterliche Vernehmung eines Zeugen vorschreibt. Die Vernehmung durch einen deutschen Staatsanwalt oder Polizisten wären demnach unschädlich. Jedoch könnten diese Verfolgungsorgane den Zeugen nicht eidlich vernehmen, so dass die Vernehmung durch einen Ermittlungsrichter der französischen Anordnung gerechter werden würde.

Die deutschen Behörden müssten darauf hingewiesen werden, dass ein Vernehmungsprotokoll („procès-verbal“) unter Berücksichtigung der Form- und Inhaltsvorschriften iSv Artt. 106, 107 CPP angefertigt werden muss. Im Falle eines fehlenden oder fehlerhaft ausgefüllten Protokolls führt dies zur Nichtigkeit der Vernehmung, so beispielsweise die fehlende Unterschrift der Vernehmungsperson oder des Zeugen oder die fehlerhafte Streichung von Passagen, s. Artt. 106, 107 Abs. 1, 2 CPP.

Die deutschen Behörden kommen der Anordnung nach, wenn nicht die §§ 52, 53, 55, 60 Nr. 2, 61 StPO entgegenstehen, s. §§ 91b Abs. 1, 2, 91h Abs. 1 IRG. Das bedeutet, dass die deutschen Behörden einen Zeugen entsprechend den nationalen Vorschriften belehren würden. Wenn der Zeuge die Aussage daraufhin berechtigterweise verweigert, wäre eine weitere Vollstreckung der EEA unzulässig.

Im Rahmen einer Auskunftswigerung gem. § 55 Abs. 2 StPO stellt sich jedoch wiederum das Problem, inwiefern ein deutsches Vernehmungsorgan prüfen kann, ob eine konkrete

Verfolgungsgefahr (auch) im Anordnungsstaat besteht<sup>869</sup>. § 55 StPO schützt auch vor einer Verfolgung im Ausland<sup>870</sup>. Dem steht jedoch die beschränkte Sachverhaltskenntnis der deutschen Behörden entgegen. Zudem werden sie keine Kenntnis von dem ausländischen materiellen Strafrecht haben. Somit ist zweifelhaft, ob der Schutz des § 55 StPO im Rechtshilfeverkehr seine Wirkung entfalten kann. Es besteht vielmehr die Gefahr, dass das deutsche Vernehmungsorgan dem Zeugen ein Auskunftsverweigerungsrecht entweder unberechtigt versagt (zu Lasten des Zeugen) oder zusagt (zu Lasten des Beschuldigten).

Das gleiche Problem stellt sich, wenn die deutschen Behörden beurteilen müssen, ob ein Eidesverbot gem. § 60 Nr. 2 StPO aufgrund eines Tat- oder Teilnahmeverdachts greift. Das Privileg dieses Verbots gilt auch für Zeugen, die wegen einer Begehung oder Beteiligung an einer Straftat im Ausland verfolgt werden oder verurteilt wurden<sup>871</sup>.

In diesem Zusammenhang ist auch fraglich, ob und wenn ja, wie eine Aussage in Frankreich verwertet werden kann, die aufgrund §§ 60, 61 StPO ohne Eidesleistung erfolgte. Die Ausführungen zu der französischen Rechtsordnung haben gezeigt, dass eine uneidliche Aussage nur dann verwertet werden kann, wenn dies keine Verletzung von Beschuldigtenrechten darstellt. Es wird zu beobachten sein, ob die französische Rechtsprechung im Falle einer uneidlichen Aussage auf Grund von §§ 60, 61 StPO die Unverwertbarkeit der Aussage bejahen könnte. Dem könnte entgegengehalten werden, dass diese Vorschriften gerade dem Schutz des Beschuldigten dienen, da Personen mit einem besonderen Bezug zu Tat oder Täter nicht verpflichtet werden sollen unter Eid auszusagen.

---

<sup>869</sup> So auch Ahlbrecht/Börgers, ZIS, 2008, S. 219.

<sup>870</sup> Es war vor Einführung der §§ 91 a ff. IRG schon herrschende Meinung, dass auch die Gefahr einer ausländischen Strafverfolgung zur Auskunftsverweigerung berechtigt, s. Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 55 Rn 7b; Ahlbrecht/Börgers, ZIS, 2008, S. 219.

<sup>871</sup> *Norouzi* wirft dabei die Frage auf, ob in diesen Fällen nicht ebenfalls die Streitfrage, ob der „ne bis in idem“ – Grundsatz des Art. 103 Abs. 3 GG auch ausländische Verurteilungen und Freisprüche umfasst, zu stellen ist und verneint dies. Die Ablehnung eines transnationalen „ne bis in idem“ – Grundsatzes stütze sich im Kern auf Souveränitätserwägungen, die nicht auf den Rechtsgedanken, der dem § 60 Nr. 2 StPO zugrunde liegt, übertragen werden können. Das Vereidigungsverbot bestehe, da der einmal an der Tat beteiligte Zeuge an sich nicht mehr als unbefangen gelten könne. Zudem wird der Beweiswert seiner Aussage durch einen Eid nicht erhöht. Entscheidend sei daher allein, ob und nicht wo er verfolgt wird oder verurteilt wurde, in: Die audiovisuelle Vernehmung von Auslandszeugen, S. 210.

Fraglich ist auch, ob trotz der Belehrung gem. § 52 Abs. 3 StPO das persönliche Zeugnisverweigerungsrecht im Rechtshilfeverkehr umfassend geschützt ist. Dem könnte entgegenstehen, dass das Widerrufsrecht aus § 52 Abs. 3 S. 2 StPO im Rechtshilfeverkehr verloren geht. § 52 Abs. 3 S. 2 StPO besagt, dass ein Zeuge den Verzicht auf die Geltendmachung seines Zeugnisverweigerungsrechts jederzeit, somit auch im Rahmen einer Hauptverhandlung, widerrufen kann. Die vor diesem Widerruf getätigte Aussage des Zeugen kann dann nicht verwertet werden<sup>872</sup>. Im Falle der Vollstreckung einer EEA wird der Zeuge zu der französischen Hauptverhandlung vermutlich schon nicht geladen werden (es gilt kein Unmittelbarkeitsgrundsatz). Selbst im Falle einer Ladung wäre das französische Gericht nicht verpflichtet den Widerruf des Verzichts auf das Zeugnisverweigerungsrecht zu beachten. Innerhalb des nationalen Hauptverfahrens ist ein französischer Richter nicht (mehr) an die Vorgaben der deutschen Strafprozessordnung gebunden. Es gilt der Grundsatz der Beweisfreiheit („liberté des preuves“<sup>873</sup>). Zeugen, die in einem persönlichen Näheverhältnis zu dem Angeklagten stehen, sind in der französischen Hauptverhandlung zu einer Aussage (in Form eines „renseignement“) verpflichtet.

Aus diesem Grund sprechen gute Gründe dafür den Zeugen während der (staatsanwaltlichen und richterlichen) Vernehmung darüber zu belehren, dass ein Widerruf des Verzichts auf das Zeugnisverweigerungsrecht iSv § 52 Abs. 3 S. 2 StPO in der ausländischen Hauptverhandlung nicht mehr geltend gemacht werden kann (eine ähnliche Belehrung wird wie o.g. nunmehr auch in innerstaatlichen Fällen im Rahmen von richterlichen Vernehmungen hinsichtlich einer Verlesung entgegen § 252 StPO vorgesehen). Erst dann ist der Zeuge in der Lage frei zu entscheiden, ob er auf sein Zeugnisverweigerungsrecht im Rahmen einer EEAAnhörung verzichten möchte.

Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass die Rechte des Zeugen nur dann vollkommen geschützt sind, wenn die deutschen Behörden ihren Belehrungspflichten ordnungsgemäß und vollständig nachkommen. Wird die Belehrung gem. §§ 52 Abs. 3, 55 Abs. 2, 61 StPO

---

<sup>872</sup> Mit Ausnahme, dass die Vernehmung durch einen Ermittlungsrichter durchgeführt wurde, s. Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 404, 405.

<sup>873</sup> Gless, in *Vers un nouveau procès pénal? Neue Wege des Strafprozesses*, S. 91.



unterlassen oder das Eidesverbot aus § 60 Nr. 2 StPO verletzt, könnte die Zeugenaussage ohne weiteres in einem französischen Verfahren verwertet werden, da die Vernehmung mit den französischen Vorgaben in Einklang steht<sup>874</sup>. Ein Rechtsbehelf in Frankreich wäre mithin ausgeschlossen. Ein Rechtsbehelf in Deutschland hingegen hätte keine Auswirkung auf das französische Verfahren wie Art. 694-24 Abs. 1 CPP deutlich macht (demnach führt ein im Vollstreckungsstaat erfolgreicher Rechtsbehelf nicht zur Unverwertbarkeit des Beweismittels in Frankreich; es wird lediglich der Beweiswert („force probatoire“) gesenkt).

Diese Gefahr besteht zum Beispiel bei einer Vernehmung ohne Belehrung gem. § 55 Abs. 2 StPO. Zwar erlaubt auch das deutsche Recht eine Verwertung der Vernehmung in dem Verfahren gegen einen anderen Beschuldigten. Jedoch ist zum Schutz der Selbstbelastungsfreiheit eine Verwertung in dem Verfahren gegen den Zeugen als Beschuldigten ausgeschlossen. Ein solches Korrektiv kennt die französische Strafprozessordnung nicht<sup>875</sup>, entspricht damit aber den in Art. 6 EMRK garantierten Verfahrensminima<sup>876</sup>. Aus deutscher Sicht würde dies eine Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit, Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 GG, darstellen. Der Ruf nach europäischen Beweiserhebungs- und -verwertungsstandards („*status europaeus*“<sup>877</sup>) wird hier deutlich<sup>878</sup>.

ddd) Vollstreckung einer französischen EEA im Rahmen einer „enquête“

Im Rahmen einer „enquête“ bestehen wie schon oben gesehen weder besondere Zeugenpflichten noch -rechte. Mithin werden die französischen Behörden bei Ausstellung einer EEA nicht auf die Einhaltung besonderer Verfahrens- oder Formvorschriften hinweisen. Die

---

<sup>874</sup> Das eine solche parallele Verfahrenseinleitung möglich ist zeigen auch folgende Urteile: Crim., Urt. v. 12.03.2014, Nr. 13-87.254, Bull. crim. Nr. 80; AJ Pénal, 2014, S. 363, obs. Ascensi.

<sup>875</sup> Pradel, Introduction (les investigations policières), Einleitung (Die polizeilichen Ermittlungen), in Leblois-Happe, Les investigations policières, Die polizeilichen Ermittlungen, Presses universitaires de Marseille, 2012, S. 15.

<sup>876</sup> Copain, Le silence du mis en cause au cours de la phase préparatoire du procès pénal en droit français, Les Cahiers de droit, Québec, 2015, S. 342.

<sup>877</sup> Gless, in Vers un nouveau procès pénal? Neue Wege des Strafprozesses, S. 104, 105.

<sup>878</sup> S. Gleß, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, S. 227; Leblois-Happe, L'entraide répressive internationale depuis le Code d'instruction criminelle in Jung/Leblois-Happe/Witz, 200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le Bicentenaire du Code d'instruction criminelle, Nomos, Baden-Baden, 2010, S. 243; Schuster, ZIS, 2016, S. 564 ff.; Wasmeier, ZEuS, 2006, S. 32.

Anordnung einer eidlichen Vernehmung ist ausgeschlossen. Für das Vorgehen der deutschen Vollstreckungsbehörde kann darüber hinaus auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

#### eee) Das Opfer als Zeuge

Falls im Rahmen des deutsch-französischen Rechtsverkehrs die Vernehmung eines Opfers, das im Rahmen einer „information“ als „partie civile“ (Art. 2 CPP) gilt, vorgenommen werden soll, so müssen dessen Rechte beachtet werden. Das Opfer ist Verfahrenspartei und die deutschen Behörden sind auf die Besonderheiten dieser, der deutschen Rechtsordnung unbekanntes Verfahrensfigur<sup>879</sup> hinzuweisen<sup>880</sup>.

Dies gilt ebenso im Rahmen einer „enquête“. In diesem Verfahrensstadium ist das Opfer zwar noch keine Prozesspartei („partie civile“), aber auch ihm werden in diesem Verfahrensabschnitt besondere Rechte zugesprochen. So sehen die Artt. 61-2, 61-3 Abs. 3 CPP beispielsweise vor, dass sich ein Opfer anwaltlich vertreten lassen kann. Über dieses Recht ist es zu belehren, s. Artt. 61-2 Abs. 2, 61-3 Abs. 4 CPP. Die französischen Behörden sollten auf die Einhaltung dieser Verfahrensvorschriften hinwirken, da diese der deutschen Rechtsordnung in dem Umfang nicht bekannt sind (s. §§ 395 ff., 406d ff. StPO)<sup>881</sup>.

#### fff) Audiovisuelle Vernehmung

Im Rahmen der Vollstreckung einer französischen EEA, die auf die audiovisuelle Vernehmung eines Zeugen gerichtet ist, ist auf folgende Besonderheiten hinzuweisen. Grundsätzlich garantiert das deutsche Strafverfahren eine effektive Strafverfolgung und Beweismittelerhebung dadurch, dass dem Zeugen Kosten auferlegt und gegebenenfalls Zwangsmittel gegen ihn verhängt werden können, s. §§ 51, 70 StPO. Im Rahmen einer audiovisuellen Vernehmung ist jedoch die Vorschrift des § 61c IRG, auf den § 91h Abs. 3 IRG verweist, zu beachten. Demnach können deutsche Behörden keine Ordnungsmittel gegen einen

---

<sup>879</sup> Perron, in Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 104.

<sup>880</sup> So beispielsweise das Recht (s. Artt. 85 ff. CPP), ausnahmsweise auch die Pflicht (s. Art. 706-50 Abs. 1 S. 3 CPP) sich durch einen Anwalt vertreten zu lassen. Inwieweit sich die deutsche Rechtsordnung, s. vor allem §§ 374 ff. StPO, an die französische Rechtsordnung in dieser Hinsicht angenähert hat, konnte im Rahmen dieser Arbeit nicht untersucht werden.

<sup>881</sup> Neubeck, in Kleinknecht/Müller/Reitberger, Vor § 48 Rn 34.

Zeugen, der sich im Inland einer Ladung zur Einvernahme durch eine ausländische Justizbehörde im Wege der Videokonferenz widersetzt, anordnen.

Die Bundesregierung rechtfertigt die Vorschrift, die schon vor Einführung der RL galt, damit, dass eine audiovisuelle Vernehmung nach dem Recht des ersuchenden Staates ablaufe. Diese, der Rechtshilfesystematik fremde, Abkehr von dem Grundsatz des „locus regit actum“ erfordere eine besondere Schranke im nationalen Recht, so dass sich ein Zeuge, ohne Konsequenzen zu fürchten, einer solchen Vernehmung entziehen können muss<sup>882</sup>. Diese Regelung wurde in der Literatur stets kritisiert, da damit ein unverhohlenes Misstrauen gegen die Rechtsstaatlichkeit ausländischer Rechtsordnungen auch im Rahmen von eingriffsschwachen Maßnahmen von dem deutschen Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht werde<sup>883</sup>.

Angesichts der Möglichkeit, dass im unionsrechtlichen Rechtshilfeverkehr im Rahmen von Zeugenvernehmungen auch auf die Vernehmung per Videokonferenz zurückgegriffen werden könnte (und diese Vernehmungsform im Rechtshilfeverkehr zunehmende Bedeutung erlangt<sup>884</sup>), um einen unmittelbaren Eindruck von dem Zeugen zu erhalten<sup>885</sup>, ist es bedauerlich, dass der deutsche Gesetzgeber an § 61c IRG festhält<sup>886</sup>. Damit wird die RL und ihr intendierter Zweck, die Rechtshilfe effektiv auszugestalten unzureichend umgesetzt<sup>887</sup>.

Der Anordnungsstaat sollte daher die Vernehmung allein durch deutsche Behörden beantragen. Nur dann können Ordnungsmittel gegen den Zeugen verhängt werden. Dem Ziel, im Rahmen einer Zeugenvernehmung einen persönlichen Eindruck des Zeugen zu erhalten, wird dies aber nicht gerecht. Die französischen Behörden könnten zwar noch um die Teilnahme an der

---

<sup>882</sup> BTDrs. 15/4233, S. 22 ff.; Grotz, in Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 61c Rn 3; Ambos/König/Rackow, Rechtshilferecht in Strafsachen, S. 747.

<sup>883</sup> Lagodny in S/L/G/H, § 61c Rn 4; Ambos/König/Rackow, Rechtshilferecht in Strafsachen, S. 747.

<sup>884</sup> Ahlbrecht, in Ahlbrecht/Böhm/Esser/Eckelmanns, Internationales Strafrecht, S. 512.

<sup>885</sup> Einen guten Überblick über die befürwortenden sowie kritischen Ansichten im Bezug auf diese Art der Zeugenvernehmung s. Norouzi, Die audiovisuelle Vernehmung von Auslandszeugen, S. 3, 4 (mwN).

<sup>886</sup> Die Regelung des § 61c IRG wurde auch schon vor der Umsetzung der RL kritisiert („nicht gerechtfertigte Abwertung ausländischer Rechtsordnungen“), s. Lagodny in S/L/G/H, § 61c Rn 4; Ambos/König/Rackow, Rechtshilferecht in Strafsachen, S. 747.

<sup>887</sup> Diese Kritik wurde schon bei Einführung des § 61c IRG mit Blick auf die Umsetzung des Art. 10 des Übereinkommens 2000 erhoben, s. Grotz, in Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 61c Rn 3.

Vernehmung im Ausland „bitten“ (s. § 91h Abs. 2 S. 1 Nr. 2 IRG). Der Gesetzestext macht deutlich, dass es im Ermessen der deutschen Behörden liegt, ob der Bitte stattgegeben wird. Es handelt sich um eine Form der traditionellen Rechtshilfe.

Die französischen Behörden könnten, wenn es auf einen persönlichen und unmittelbaren Eindruck von dem Zeugen in dem französischen Verfahren ankommt, dann noch die Überstellung der zu vernehmenden Person beantragen, wenn dessen Voraussetzungen vorliegen, s. §§ 91c Abs. 3 S. 1, 62 IRG. Dies stellt jedoch einen erheblich höheren Grundrechtseingriff als eine Vernehmung per Videokonferenz in Deutschland dar. Die Regelung des § 61c IRG könnte somit gegebenenfalls dazu führen, dass die zu vernehmende Person sich stärkeren Eingriffen in ihre Grundrechte ausgesetzt sieht.

Der Vernehmung per Videokonferenz setzt der deutsche Gesetzgeber eine weitere Schranke indem er die Zulässigkeit der Maßnahme von der Zustimmung der zu hörenden Person abhängig macht, s. § 91c Abs. 1 iVm § 61c IRG. Damit geht das deutsche Umsetzungsgesetz über den Inhalt der RL, der eine solche Vorschrift nur im Falle der audiovisuellen Vernehmung eines Beschuldigten vorsieht<sup>888</sup> (Art. 24 Abs. 2 a) RL), hinaus. Auch sah die alte Rechtslage ein Zustimmungserfordernis nicht vor<sup>889</sup>. Im Ergebnis wird man dem Ziel der RL, die Effektivität der Rechtshilfe und den Grundsatz gegenseitiger Anerkennung zu stärken, bedauerlicherweise im praktisch relevanten Bereich der Zeugenvernehmung per Videokonferenz nicht gerecht.

#### dd) Strafbarkeit bei Falschaussage

Im Folgenden wird noch allgemein auf den Problemkomplex der Strafbarkeit der Falschaussage im unionsrechtlichen Rechtshilfeverkehr eingegangen. Im Rahmen der Vollstreckung einer EEA stellt sich die Frage, welche Konsequenzen eine Falschaussage der befragten Person nach sich ziehen könnte.

In Deutschland macht sich grundsätzlich strafbar, wer vor dem Ermittlungsrichter entweder uneidlich (§ 153 StGB) oder eidlich falsch aussagt (§ 154 StGB). In Frankreich macht sich

---

<sup>888</sup> Grotz, in Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 61c Rn 3.

<sup>889</sup> Ambos/König/Rackow, Rechtshilferecht in Strafsachen, S. 747.

strafbar, wer vor dem „juge d’instruction“ oder der Polizei, die im Rahmen einer „commission rogatoire“ handelt (s. Art. 152 CPP), eidlich falsch aussagt (s. Artt. 434-13, 434-14 CP). Fraglich ist, ob diese Strafbarkeitsvorschriften auch im Rahmen eines unionsrechtlichen Beweismitteltransfers Anwendung finden könnten.

aaa) Strafbarkeit eines in Frankreich vernommenen Zeugen auf Grundlage einer deutschen EEA  
Wenn ein Zeuge im Rahmen einer deutschen EEA vernommen werden soll und dieser Zeuge unter Eid falsch aussagt, so macht sich der Zeuge gem. Art. 434-13 ff. CP iVm Art. 694-48 Abs. 2 CPP strafbar. Der Anwendungsbereich der Vorschriften des französischen Strafgesetzbuches wurde im Zuge der Umsetzung der RL auf die Fälle unionsrechtlicher Rechtshilfe erweitert. Diese Vorschrift schützt mithin ausländische Strafverfolgungsinteressen.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang des Weiteren, dass sich ein in Frankreich aufhaltender Zeuge im Rahmen einer solchen Vernehmung auch gem. §§ 5 Nr. 10 iVm 153 ff. StGB strafbar machen würde, da das von den §§ 153 ff. StGB geschützte Rechtsgut der innerstaatlichen Rechtspflege auch dann verletzt wird, wenn die Falschaussage vor ausländischen Behörden im Rahmen eines von deutschen Behörden geführten Verfahrens erfolgt<sup>890</sup>. In solchen Fällen der „doppelten Strafbarkeit“ ist auf die Wahrung des Grundsatzes „ne bis in idem“ zu achten.

bbb) Strafbarkeit eines in Deutschland vernommenen Zeugen auf Grundlage einer französischen EEA

Das IRG sieht in seiner neuen Fassung keine dem Art. 694-48 Abs. 2 CPP vergleichbare Vorschrift vor. Wenn ein Zeuge im Rahmen vor einem Richter uneidlich oder eidlich falsch aussagt, könnte einer Strafbarkeit das Fehlen einer Rechtsgutsverletzung entgegenstehen. Die deutschen Straftatbestände erfassen grundsätzlich nicht den Schutz ausländischer Rechtsgüter<sup>891</sup>. Die §§ 153, 154 StGB schützen allein die innerstaatliche Rechtspflege, die im Falle einer Falschaussage im Rahmen eines ausländischen Strafverfahrens nicht verletzt

---

<sup>890</sup> Leipold/Tsambikakis/Zöller, S. 1191.

<sup>891</sup> Hecker, Europäisches Strafrecht, S. 29.

wird<sup>892</sup>. Für eine Straflosigkeit im europäischen Rechtshilfeverkehr spricht auch die Regelung des § 162 StGB, der eine Strafbarkeit nur auf Fälle der Falschaussage vor internationalen Gerichten ausweitet. Mithin herrscht eine Gesetzeslücke für Fälle der sonstigen Rechtshilfe. Dies schränkt die Effektivität der Rechtshilfe ein, da damit der Beweiswert der Aussage erheblich gemindert wird. Selbst die Aussage unter Eid zieht keine Strafbarkeit nach sich. Mit Blick auf diese Strafbarkeitslücke ist fraglich, ob französische Behörden überhaupt auf eine EEA zurückgreifen werden.

Zudem macht sich der Zeuge, der im Rahmen eines französischen Ermittlungsverfahrens vor deutschen Behörden falsch aussagt, grundsätzlich auch nicht gem. Art. 434-13 CP strafbar, da wiederum das französische Strafrecht keine Anwendung findet: weder wurde die Straftat auf französischem Boden<sup>893</sup> begangen, s. Art. 113-2 CP, noch findet das französische Strafrecht gem. Art. 113-6 Abs. 1 CP Anwendung, denn die Falschaussage gem. Art. 434-13 CP stellt kein Verbrechen dar. Eine Strafbarkeit kommt allenfalls dann in Betracht, wenn die in Deutschland zu vernehmende Person französischer Staatsbürger ist, s. Art. 113-6 Abs. 2 CP. Demnach kann ein französischer Staatsbürger für Vergehen außerhalb des französischen Territoriums nach französischem Recht bestraft werden, wenn die Tat auch nach dem Recht des Staates, in dem sie begangen wurde, strafbar ist. Die eidliche Falschaussage ist in Deutschland gem. § 154 StGB strafbar. Eine Strafbarkeit erfasst aber nur französische Staatsbürger.

---

<sup>892</sup> Es könnte die Frage aufgeworfen werden, ob mit Einführung der RL und mit Blick auf das Assimilierungsprinzip, demnach der Schutzbereich deutscher Straftatbestände dahingehend ausgelegt werden kann, dass auch supranationale Rechtsgüter und Unionsinteressen zu schützen sind, auf einen deutsch-französischen Rechtshilfeverkehr übertragen werden kann. So wird auf Grundlage dieses Assimilierungsprinzips der Tatbestand des Meineids aus § 154 StGB auch auf Angriffe gegen die supranationale Gerichtsbarkeit des EuGH angewendet, s. Hecker, Europäisches Strafrecht, S. 30. Fraglich ist aber, ob der Schutz von Unionsinteressen, derer sich Deutschland mit Unterzeichnung der Europaverträge verpflichtet hat, auch auf den Schutz von Interessen der Mitgliedstaaten erweitert werden kann. Dagegen spricht, dass Unionsinteressen auf den Schutz durch die Mitgliedstaaten angewiesen sind, da ihre Rechtsetzungsbefugnisse auf dem Gebiet des Strafrechts begrenzt sind, ebenda, S. 229.

<sup>893</sup> So auch Barbe, La vidéoconférence dans la future Convention de l'Union européenne sur l'entraide judiciaire en matière pénale (Article 9 du Projet), Petites affiches, Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 1999, S. 11.

#### ee) Zusammenfassung

Das IRG setzt die RL nur ungenügend um. Zudem führen die Unterschiede der nationalen Strafverfahrensordnungen zu Umsetzungsschwierigkeiten bei der Vollstreckung einer EEA.

#### aaa) Umsetzung der RL in die deutsche Rechtsordnung

Das IRG setzt der effektiven Durchsetzung einer Zeugenvernehmung erhebliche Schranken. § 61c StPO sowie das Zustimmungserfordernis aus § 91c Abs. 1 IRG behindern die Vollstreckung einer audiovisuellen Zeugenvernehmung erheblich. Darüber hinaus wird der Beweiswert einer in Deutschland getätigten Aussage durch die Strafflosstellung eines (eidlich) falsch aussagenden Zeugen wesentlich gemindert. Die Neufassung des IRG spiegelt eine allgemeine Haltung des deutschen Gesetzgebers, die RL nur beschränkt und den Grundsatz gegenseitiger Anerkennung unter Vorbehalt umzusetzen, wieder. Es ist abzuwarten, ob die französischen Behörden angesichts dieser Beschränkungen, die durch die besondere Zulässigkeits- und Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen von § 91b IRG verstärkt wird, eine EEA zur Vollstreckung einer Zeugenvernehmung in Deutschland anordnen werden.

#### bbb) Umsetzungsschwierigkeiten

Im Rahmen der Anordnung und Vollstreckung einer EEA fällt zunächst auf, dass in beiden Rechtsordnungen dem Schutz der Berufsheimnisträger wesentliche Bedeutung beigemessen wird. Nationalen Anordnungsschranken wird mit dem Verbot des „forum shopping“ Rechnung getragen. Einer weiten Vollstreckungsverpflichtung wird mit Zulässigkeits- und Bewilligungshindernissen entgegengewirkt. Die Erfolgsaussichten der Vollstreckung einer, gegen einen Berufsheimnisträger gerichteten, EEA sind gering.

Darüber hinaus wird eine weite Vollstreckungsverpflichtung durch die besonderen Zeugnis-, Auskunfts-, Eidesverweigerungsrechte sowie Eidesverbote, die im Rahmen der Vollstreckung einer EEA beachtet werden müssen, Schranken gesetzt.

Der Schutz dieser nationalen Rechte kann im Gegensatz bei Anordnung einer EEA verloren gehen. Der Grundsatz des „forum regit actum“ stößt in der Praxis vielfach an seine Schranken. Die Anwendung ausländischen Rechts durch die Vollstreckungsbehörde ist fehleranfällig. Sie

kann eine Auslegung der ausländischen Rechtsvorschriften erfordern oder eine Sachverhaltskenntnis sowie Kenntnis des ausländischen Rechts voraussetzen, die im Rahmen einer EEA-Vollstreckung nicht umfassend gewährleistet werden kann.

Selbst den deutschen Behörden wird es bei Vollstreckung einer EEA nicht immer möglich sein, die nationalen Schutzvorschriften umfassend umzusetzen, wie sich am Beispiel des Auskunftsverweigerungsrechts gem. § 55 StPO gezeigt hat. Ein Absinken der Rechte des Zeugen ist auch zu befürchten, wenn der nationale Rechtsschutz zeitlich verlagert ist (s. Widerrufsrecht, §§ 52 Abs. 3, 252 StPO).

Die Anwendung des Grundsatzes des „forum regit actum“ vermag somit Umsetzungsschwierigkeiten, die durch die unterschiedliche Ausgestaltung nationaler Rechtsordnungen bedingt sind, nicht zu lösen.

ff) Tabellarische Übersicht

- Zeugenpflichten

	Erscheinen	Aussagen	Eid	Wahrheit
Ermittlungsverfahren	+ (Richter/StA) - (Polizei ohne Antrag)	+ (Richter/StA) - (Polizei ohne Antrag)	+ (Richter) - (StA/Polizei)	+ (Richter) - (StA/Polizei)
„enquête“	-	-	-	-
„information“	+	+	+	+



- Zwangsmaßnahmen/Strafbarkeit

	Nichterscheinen	Nichtaussagen	Kein Eid	Falschaussage
Ermittlungsverfahren	+ (Richter/StA) - (Polizei ohne Antrag)	+ (Richter/StA) - (Polizei ohne Antrag)	+ (Richter) - (StA/Polizei)	+ (Richter) - (StA/Polizei)
„enquête“	+, wenn vorherige Ladung	-	-	-
„information“	+	+	+	+

- Zeugenrechte

	Persönl. ZVR	Berufl. ZVR / Zeugnisunfähigkeit	Aussageverweigerungsrecht	Eidesverweigerung/-verbot
Ermittlungsverfahren	+	+	+	+
„enquête“	Keine Aussagepflicht	+	Keine Aussagepflicht	Keine Eidesabnahme möglich
„information“	-	+	-	-

### 3. Die Durchsuchung und Beschlagnahme in Deutschland und Frankreich

#### a) Deutschland

Die Durchsuchung und die Beschlagnahme sind Zwangsmaßnahmen und folglich mit einem Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Person verbunden<sup>894</sup>. Eine Durchsuchung greift in die Privatsphäre des Betroffenen<sup>895</sup>, s. Art. 2 Abs. 1 GG, sowie ggf. in die Unverletzlichkeit der Wohnung<sup>896</sup>, s. Art. 13 Abs. 1 GG, ein. Eine Durchsuchung unterfällt ebenso dem Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 EMRK, der das Recht auf Achtung der Wohnung erfasst<sup>897</sup>. Die Beschlagnahme richtet sich gegen den Vermögensschutz (Art. 14 GG), ggf. die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) sowie das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 GG)<sup>898</sup>.

#### aa) Durchsuchung

Unter Durchsuchen versteht man die ziel- und zweckgerichtete Suche von staatlichen Organen nach Personen (Ergreifungsdurchsuchung), sowie Beweismitteln zur Ermittlung eines Sachverhalts (Ermittlungsdurchsuchung), um etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Räumlichkeiten von sich aus nicht offenlegen oder herausgeben will<sup>899</sup>. Objekt der Durchsuchung können die Wohnung oder andere Räumlichkeiten sein, zudem auch eine Person (Durchsuchung am Körper und Durchsuchung der Kleidung<sup>900</sup>) und ihre Sachen, s. §§ 102, 103 StPO<sup>901</sup>.

Die Wohnung unterliegt einem besonderen verfassungsrechtlichen Schutz,

---

<sup>894</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 102 Rn 1; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 280, 287.

<sup>895</sup> Wohlers/Jäger, in SK, § 102 Rn 3; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 288; Schlüchter, Procédure pénale allemande, EuWi-Verlag, Thüningersheim/Frankfurt am Main, 2002, S. 114.

<sup>896</sup> BVerfG, Beschl. v. 06.11.2014, Az.: BvR 2928/10 – hrr-straftrecht; Wohlers/Jäger, in SK, § 102 Rn 3; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 288.

<sup>897</sup> Wildhaber, in Pabel/Schmahl, Art. 8 Rn 488.

<sup>898</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 288.

<sup>899</sup> Menges, in Löwe-Rosenberg, § 94 Rn 1; Wohlers/Jäger, in SK, § 102 Rn 1; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 289.

<sup>900</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 102 Rn 9; Hauschild, in MK, § 102 Rn 24; Wohlers/Jäger, in SK, § 102 Rn 13; Engländer, Examens-Repetitorium Strafprozessrecht, S. 60.

<sup>901</sup> Die sog. „online-Durchsuchung“, die nunmehr in § 100b StPO gesetzlich geregelt wurde, die die heimliche Ausforschung von Daten auf EDV-Systemen des Beschuldigten zum Ziel hat, unterfällt nicht der Durchsuchung

s. Art. 13 Abs. 1 GG, der den Grundsatz der Unverletzlichkeit der Wohnung statuiert<sup>902</sup>. Ein Eingriff in dieses Grundrecht ist nur dann gerechtfertigt, wenn er den gesetzlichen Vorgaben entspricht (sog. Gesetzesvorbehalt, s. Art. 13 Abs. 2 GG) und darüber hinaus auch geeignet, erforderlich und angemessen ist (Verhältnismäßigkeitsprinzip)<sup>903</sup>. Der Begriff der Wohnung wird weder im Grundgesetz noch in der StPO definiert. Die Rechtsprechung legt den Begriff weit aus<sup>904</sup>, so dass alle Räume, die der Einzelne der Öffentlichkeit entzogen und zur Stätte seines Lebens und Wirkens bestimmt hat, darunter fallen<sup>905</sup>. Art. 13 Abs. 1 GG soll die Privatsphäre schützen, die eine Person räumlich vor Eingriffen des Staates oder von Dritten abschirmen wollte<sup>906</sup>. Darunter fallen auch Stätten, die lediglich zeitweise zum Wohnen genutzt werden (z.B. Wohnmobile, Hausboote). Zudem unterfallen dem Wohnungsbegriff auch Nebenräume (z.B. Keller, Garage, Dachgeschoss, Garten), sowie Betriebs- und Geschäftsräume, da diese ebenfalls zum Bereich der individuellen Freiheitssphäre gezählt werden<sup>907</sup>. Erfasst sind jedoch nicht der Pkw<sup>908</sup> oder Hafträume<sup>909</sup>.

Fraglich ist, auf welche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage die Durchsuchung gestützt werden kann. Die deutsche Rechtsordnung sieht eine sog. Generalermächtigungsklausel in § 161 Abs. 1 S. 1 StPO vor, die die Staatsanwaltschaft als Herrscherin des Vorverfahrens zur Vornahme von Ermittlungen, die der Wahrheitsermittlung dienlich sind, berechtigt. Das Gesetz

---

iSv § 102 StPO (s. BGH, Beschl. v. 31.01.2007, Az.: StB 18/06, BGHSt 51, 211) und wird im Rahmen dieser Arbeit auch nicht behandelt werden können.

<sup>902</sup> Wohlers/Jäger, in SK, § 102 Rn 7.

<sup>903</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 102 Rn 15; Wohlers/Jäger, in SK, § 102 Rn 3; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 288.

<sup>904</sup> BVerfG, Urt. v. 17.02.1998, Az.: 1 BvF 1/91BVerfGE 97, 228; BVerfG, Beschl. v. 24.05.1977, Az.: 2 BvR 988/75, BVerfGE 44, 353; BVerfG, Beschl. v. 26.05.1976, Az.: 2 BvR 294/76, BVerfGE 42, 212 („*elementarer Lebensraum*“); BVerfG, Beschl. v. 13.10.1971, Az.: 1 BvR 280/66, BVerfGE 32, 54.

<sup>905</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 102 Rn 6 ff.; Hauschild, in MK, § 102 Rn 17 ff.; Wohlers/Jäger, in SK, § 102 Rn 7 -12; Schoch, JURA, 2010, S. 22, 23.

<sup>906</sup> BVerfG, Urt. v. 17.02.1998, Az.: 1 BvF 1/91BVerfGE 97, 228; BVerfG, Beschl. v. 24.05.1977, Az.: 2 BvR 988/75, BVerfGE 44, 353; BVerfG, Beschl. v. 26.05.1976, Az.: 2 BvR 294/76, BVerfGE 42, 212 („*elementarer Lebensraum*“); BVerfG, Beschl. v. 13.10.1971, Az.: 1 BvR 280/66, BVerfGE 32, 54.

<sup>907</sup> BVerfG, Urt. v. 17.02.1998, Az.: 1 BvF 1/91BVerfGE 97, 228; BVerfG, Beschl. v. 16.06.1987, Az.: 1 BvR 1202/84, BVerfGE 76, 83; BVerfG, Beschl. v. 24.05.1977, Az.: 2 BvR 988/75, BVerfGE 44, 353; BVerfG, Beschl. v. 26.05.1976, Az.: 2 BvR 294/76, BVerfGE 42, 212; BVerfG, Beschl. v. 13.10.1971, Az.: 1 BvR 280/66, BVerfGE 32, 54; Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 102 Rn 7.

<sup>908</sup> BGH, Beschl. v. 11.04.1997, Az.: 1 BGs 88/97, NJW 1997, 2189.

<sup>909</sup> BVerfG, Urt. v. 30.05.1996, Az.: 2 BvR 727/94; BGH, Urt. v. 24.07.1998, Az.: 3 StR 78/98, NJW 1998, 3284.

sieht jedoch eine Schranke dieser allgemeinen Befugnis vor, denn so heißt es in § 161 Abs. 1 S. 1 StPO: „Zu dem in § 160 Abs. 1 bis 3 bezeichneten Zweck ist die Staatsanwaltschaft befugt, (...) Ermittlungen jeder Art entweder selbst vorzunehmen oder durch die Behörden und Beamten des Polizeidienstes vornehmen zu lassen, soweit nicht andere gesetzliche Vorschriften ihre Befugnisse besonders regeln.“ (eigene Hervorhebung)

Solche besonderen gesetzlichen Befugnisse sieht die StPO immer dann vor, wenn die Ermittlungsmaßnahme mit einem Grundrechtseingriff einhergeht. Aus diesem Grund findet sich für die Durchsuchung in §§ 102, 103 StPO eine besondere Ermächtigungsgrundlage, wobei zwischen einer Durchsuchung bei dem Beschuldigten und einem Dritten unterschieden wird<sup>910</sup>. Bevor auf diese Unterscheidung eingegangen wird, sind zunächst die allgemeinen Durchsuchungsvoraussetzungen aufzuzeigen.

#### aaa) Formelle Voraussetzungen der Durchsuchungsanordnung

Durchsuchungen sind von einem Richter anzuordnen, sog. Richtervorbehalt, s. § 105 Abs. 1 StPO. Im Falle der Wohnungsdurchsuchung hat der Richtervorbehalt sogar Verfassungsrang, s. Art. 13 Abs. 2 GG. Eine staatsanwaltliche bzw. polizeiliche Anordnung ist nur in Fällen von Gefahr in Verzug möglich. Gefahr im Verzug liegt vor, wenn die Einholung eines richterlichen Beschlusses den Ermittlungserfolg ganz oder teilweise vereiteln oder gefährden würde<sup>911</sup>. Die Rechtsprechung stellt hieran strenge Anforderungen<sup>912</sup>. Somit hat die ermittelnde Staatsanwaltschaft grundsätzlich einen Antrag auf Durchsuchung an den Ermittlungsrichter zu stellen. Dieser prüft die materiellen Voraussetzungen der Durchsuchung und erlässt einen Durchsuchungsbeschluss. Der Beschluss kann gem. § 304 StPO angegriffen werden<sup>913</sup>. Falls eine staatsanwaltliche oder polizeiliche Anordnung aufgrund von Gefahr in

---

<sup>910</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 102 Rn 1.

<sup>911</sup> Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt, § 98 Rn 6, § 105 Rn 2 ff.; Hauschild, in MK, § 105 Rn 7 ff.; Wohlers/Jäger, in SK, § 105 Rn 34 ff.

<sup>912</sup> BVerfG, Urt. v. 20.02.2001, Az.: 2 BvR 1444/00, BVerfGE 103, 142.

<sup>913</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 105 Rn 15, 15a.

Verzug ergangen ist, kann diese Anordnung gem. § 98 Abs. 2 S. 2 StPO analog angegriffen werden<sup>914</sup>.

Das Gesetz sieht keine bestimmte Form für den Durchsuchungsbeschluss vor. Die Rechtsprechung fordert jedoch einen schriftlichen und begründeten Beschluss<sup>915</sup>. Aus diesem soll sich die in Verdacht stehende Straftat, das Ziel der Durchsuchung sowie die Art der gesuchten Beweismittel ergeben, um eine nachträgliche rechtliche Überprüfung zu ermöglichen<sup>916</sup>. In Eilfällen ist zwar die mündliche Anordnung möglich, es muss dann aber ein schriftlicher Vermerk in der Ermittlungsakte erfasst werden<sup>917</sup>. Ein Beweisverwertungsverbot ergibt sich dann, wenn bewusst und in schwerwiegender Weise gegen den Richtervorbehalt oder die Formvorschriften verstoßen wurde, bspw. durch eine willkürliche Umgehung<sup>918</sup>.

#### bbb) Materielle Voraussetzungen der Durchsuchungsanordnung

Der Durchsuchung muss stets ein Anfangsverdacht zugrunde liegen<sup>919</sup>. Ein dringender oder hinreichender Tatverdacht ist hingegen nicht gefordert<sup>920</sup>. Des Weiteren muss die Maßnahme erforderlich sein, um den Beschuldigten ausfindig zu machen oder Beweismittel zur Aufklärung der Straftat zu finden. Die so genannte Auffindevermutung muss von einer

---

<sup>914</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 102 Rn 16.

<sup>915</sup> BVerfG, Beschl. v. 06.11.2014, Az.: BvR 2928/10 – hrr-strafrecht; BVerfG, Beschl. v. 28.09.2004, Az.: 2 BvR 2105/03, NJW 2005, 275; BVerfG, Beschl. v. 09.11.2001, Az.: 2 BvR 436/01, NStZ 2002, 212; BVerfG, Beschl. v. 05.05.2000, Az.: 2 BvR 2212/99, NStZ 2000, 601; BVerfG, Beschl. v. 27.05.1997, Az.: 2 BvR 1992/92, BVerfGE 96, 44; Engländer, Examens-Repetitorium Strafprozessrecht, S. 59, 60.

<sup>916</sup> BVerfG, Beschl. v. 06.11.2014, Az. BvR 2928/10 – hrr-strafrecht; BVerfG, Beschl. v. 28.09.2004, Az.: 2 BvR 2105/03, NJW 2005, 275; BVerfG, Beschl. v. 09.11.2001, Az.: 2 BvR 436/01, NStZ 2002, 212; BVerfG, Beschl. v. 05.05.2000, Az.: 2 BvR 2212/99, NStZ 2000, 601; BVerfG, Beschl. v. 27.05.1997, Az.: 2 BvR 1992/92, BVerfGE 96, 44.

<sup>917</sup> BVerfG, Urt. v. 20.02.2001, Az.: 2 BvR 1444/00, BVerfGE 103, 142; Wohlers/Jäger, in SK, § 105 Rn 28, 29; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 288.

<sup>918</sup> BVerfG, Beschl. v. 02.07.2009, Az.: 2 BvR 2225/08, NJW 2009, 3225; BVerfG, Beschl. v. 12.04.2005, Az.: 2 BvR 1027/02, BVerfGE 113, 29; BGH, Urt. v. 18.04.2007, Az.: 5 StR 546/06, BGHSt 51, 285; BGH, Urt. v. 18.11.2003, Az.: 1 StR 455/03, NStZ 2004, 449.

<sup>919</sup> BVerfG, Beschl. v. 11.06.2010, Az.: 2 BvR 3044/09, StV 2010, 665; BVerfG, Beschl. v. 09.11.2010, Az.: 2 BvR 2101/09, NJW 2011, 2417; BVerfG, Beschl. v. 08.04.2009, Az.: 2 BvR 945/08, StV 2009, 452; BVerfG, Beschl. v. 28.04.2003, Az.: 2 BvR 358/03, NJW 2003, 2260; Wohlers/Jäger, in SK, § 102 Rn 4; Hellmann, in FS für Hans-Heiner Kühne, S. 236.

<sup>920</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 102 Rn 2.

gesicherten kriminalistischen Erfahrung getragen werden; eine rein „gefühlsmäßige“, „vage“<sup>921</sup> und hypothetische Vermutung genügt nicht<sup>922</sup>.

Die Durchsuchungsanordnung muss zudem stets dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen, mithin in angemessenem Verhältnis zu der Schwere der Straftat und der Stärke des Tatverdachts stehen<sup>923</sup>. An die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme werden aufgrund der Intensität des Grundrechtseingriffs hohe Anforderungen gestellt, insbesondere wenn es sich um eine Wohnungsdurchsuchung handelt<sup>924</sup>. So stellt auch der EGMR besondere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit einer Durchsuchung<sup>925</sup>. Insbesondere kann eine fehlende richterliche Kontrolle der Durchsuchungsmaßnahme eine ungerechtfertigte Verletzung des Art. 8 EMRK darstellen<sup>926</sup>.

ccc) Parenthese – Art. 8 EMRK

Im Folgenden sind die Leitlinien des EGMR zur Rechtmäßigkeit einer Wohnungsdurchsuchung darzustellen. Art. 8 Abs. 1 EMRK schützt die Achtung der Wohnung als Teil der Privatsphäre. Unter Wohnung fallen dabei alle Räumlichkeiten, die als Lebensmittelpunkt genutzt werden, unabhängig von der Rechtsnatur ihrer Nutzung<sup>927</sup>. Der Begriff „Wohnraum“ wird von dem EGMR weit ausgelegt, so dass zum Beispiel auch die Büroräume eines freiberuflich tätigen

---

<sup>921</sup> BVerfG, Beschl. v. 28.04.2003, Az.: 2 BvR 358/03, NJW 2003, 2260.

<sup>922</sup> BVerfG, Beschl. v. 28.04.2003, Az.: 2 BvR 358/03, NJW 2003, 2260.

<sup>923</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.07.2016, Az.: 2 BvR 2748/14 – lexetius; BVerfG, Beschl. v. 11.02.2015, Az.: 2 BvR 1694/14, NJW 2015, 1585; BVerfG, Urt. v. 02.03.2006, Az.: 2 BvR 2099/04, BVerfGE 115, 166; BVerfG, Urt. v. 05.08.1966, Az.: 1 BvR 586/62 und 512/64, BVerfGE 20, 162;

<sup>924</sup> BVerfG, Beschl. v. 11.02.2015, Az.: 2 BvR 1694/14, NJW 2015, 1585; BVerfG, Beschl. v. 08.04.2009, Az.: 2 BvR 945/08, StV 2009, 452; BVerfG, Beschl. v. 27.05.1997, Az.: 2 BvR 1992/92, BVerfGE 96, 44; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 285.

<sup>925</sup> EGMR, Urt. v. 06.10.2016, Nr. 33696/11, K.S. und M.S. c/ Deutschland – jurion; EGMR, Urt. v. 09.02.2016, Nr. 7215/10, Prade c/Deutschland – hudoc; EGMR, Urt. v. 15.11.2011, Nr. 43005/07, F. GmbH c/ Deutschland – hudoc; EGMR, Urt. v. 03.06.2008, Nr. 9676/05, Steeg c/Deutschland – hudoc; EGMR, Urt. v. 28.04.2005, Nr. 41604/98, Buck c/Deutschland – hrr-straftrecht; EGMR, Urt. v. 16.04.1998, Nr. 31513/96, Hildebrand c/Deutschland – hudoc; EGMR, Urt. v. 25.02.1993, Nr. 11471/85, Crémieux c/Frankreich – hudoc; von Arnim, in *Les investigations policières, Die polizeilichen Ermittlungen*, Presses universitaires de Marseille, 2012, S. 39 ff.

<sup>926</sup> EGMR, Urt. v. 25.02.1993, Nr. 12661/87 (Nr. 1), Mialle c/Frankreich – hudoc; Pradel, *Droit pénal européen*, Dalloz, Paris, 2009, S. 444 ff.

<sup>927</sup> Wildhaber, in Pabel/Schmahl, Art. 8 Rn 457 ff.; Grabenwarter/Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention*, S. 292.

Anwalts hierunter fallen können<sup>928</sup>. In dieses Recht darf nur eingegriffen werden, wenn ein Rechtfertigungsgrund iSv Art. 8 Abs. 2 EMRK vorliegt.

Der EGMR prüft in einem ersten Schritt, ob ein Eingriff in Art. 8 Abs. 1 EMRK vorliegt<sup>929</sup>. Dies ist der Fall, wenn staatliche Behörden eine Wohnung betreten oder Wohnraum anderweitig einschränken oder zerstören<sup>930</sup>. Das Gericht prüft in einem zweiten Schritt, ob der Eingriff iSv Art. 8 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt war<sup>931</sup>. Die Vorschrift wird restriktiv ausgelegt<sup>932</sup>. Demnach muss der Eingriff in die Wohnung gesetzlich erlaubt sein, wobei die Interpretation der nationalen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage in dem Ermessen der nationalen Akteure liegt (der Durchsuchungsbeschluss muss jedoch begründet sein und den Tatverdacht bezeichnen<sup>933</sup>). Sieht das nationale Recht beispielsweise einen Richtervorbehalt vor, verletzt die polizeiliche Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung Art. 8 EMRK, da ihr die gesetzliche Grundlage fehlt<sup>934</sup>. Des Weiteren muss der Eingriff einen legitimen Zweck verfolgen, z.B. die Aufdeckung einer Straftat. Der Eingriff muss erforderlich sein und mithin einem dringenden sozialen Bedürfnis entsprechen. Hinsichtlich der Erforderlichkeit des Eingriffs wird den nationalen Behörden ein Ermessensspielraum zugestanden, wobei die Entscheidung von dem Gerichtshof überprüft werden kann<sup>935</sup>. Dieser letzte Punkt stellt oftmals den Dreh- und Angelpunkt der Prüfung dar. Ob dringende soziale Bedürfnisse den Eingriff in den Wohnraum im Rahmen eines Strafverfahrens erlauben, hängt davon ab, welche Straftat in Verdacht steht und welcher Strafdrohung diese unterliegt, ob weniger eingriffsintensive Alternativmaßnahmen zur Verfügung standen, welche Intensität (Art/Dauer) der Eingriff in den Wohnraum hatte, etc.<sup>936</sup>.

---

<sup>928</sup> EGMR, Urt. v. 16.12.1992, Nr. 13710/88, Niemietz c/ Deutschland, EuGRZ 1993, 65, Z. 30 ff.; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, S. 300.

<sup>929</sup> EGMR, Urt. v. 03.06.2009, Nr. 9676/05, Steeg c/ Deutschland - hudoc.

<sup>930</sup> Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, S. 298, 300.

<sup>931</sup> EGMR, Urt. v. 06.10.2016, Nr. 33696/11, K.S. und M.S. c/ Deutschland - juris; EGMR, Urt. v. 09.02.2016, Nr. 7215/10, Prade c/ Deutschland - hudoc; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, S. 301 ff.

<sup>932</sup> EGMR, Urt. v. 28.04.2010, Nr. 41604/98, Buck c/ Deutschland – hrr-strafrecht.

<sup>933</sup> EGMR, Urt. v. 03.07.2012, Nr. 30457/06, Robathin c/ Österreich.

<sup>934</sup> EGMR, Urt. v. 31.01.2017, Nr. 40233/07, Kalneniene c/ Belgien - hudoc.

<sup>935</sup> EGMR, Urt. v. 15.07.2003, Nr. 33400/96, Ernst u.a. c/ Belgien - hudoc.

<sup>936</sup> EGMR, Urt. v. 15.11.2011, Nr. 43005/07, F-GmbH c/ Deutschland - hudoc; EGMR, Urt. v. 28.04.2005, Nr. 41604/98, Buck c/ Deutschland – hrr-strafrecht.

Der EGMR überprüft auch, ob das nationale Recht hinreichende Schutzmechanismen und – garantien im Falle eines Eingriffs vorsieht. Eine Garantie kann beispielsweise sein, dass die Anordnung von einem Richter bewilligt wird oder hinreichende nachträgliche Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen<sup>937</sup>. Die Anforderungen an die Erforderlichkeit der Maßnahme sind umso höher, wenn besondere Räumlichkeiten durchsucht werden, bspw. die Kanzlei eines Anwalts<sup>938</sup>. Eine hinreichende Schutzgarantie kann die Anwesenheit des Präsidenten der Rechtsanwaltskammer während der Durchsuchung darstellen, wenn er Rechtsmittel einlegen kann<sup>939</sup>. Sieht das nationale Recht keine Schutzgarantien vor, ist der Eingriff unverhältnismäßig und nicht gerechtfertigt iSv Art. 8 Abs. 2 EMRK<sup>940</sup>. Die Prüfung ist stets einzelfallabhängig<sup>941</sup>.

ddd) Durchsuchung bei dem Beschuldigten und bei einem Dritten

Die Durchsuchung bei dem Beschuldigten gem. § 102 StPO kann sowohl der Ergreifung der verdächtigen Person sowie der Beweissicherung dienen<sup>942</sup>. Die Durchsuchung kann die Wohnung oder andere Räume, die Sachen des Verdächtigen sowie dessen Person umfassen.

Die Durchsuchung bei einem Dritten, also einer Person, gegen die sich das Ermittlungsverfahren nicht richtet, unterliegt höheren Anforderungen<sup>943</sup>. § 103 Abs. 1 S. 1 StPO besagt: *„Bei anderen Personen sind Durchsuchungen nur zur Ergreifung des Beschuldigten oder zur Verfolgung von Spuren einer Straftat oder zur Beschlagnahme bestimmter Gegenstände und nur dann zulässig, wenn Tatsachen vorliegen,*

---

<sup>937</sup> EGMR, Urt. v. 21.01.2010, Nr. 43757/05, Da Silveira c/Frankreich - hudoc; EGMR, Urt. v. 08.01.2002, Nr. 51578/99, Keslassy c/Frankreich - hudoc; EGMR, Urt. v. 19.06.2001, Nr. 37971/97, Stes Colas Est, Colas Ouest und Sacer c/ Frankreich - hudoc; EGMR, Urt. v. 25.02.1993, Nr. 10828/84 Funke c/Deutschland - hudoc; EGMR, Urt. v. 25.02.1993, Nr. 12661/87 (Nr. 1), Miaillhe c/Frankreich - hudoc; EGMR, Urt. v. 25.02.1993, Nr. 11471/85, Crémieux c/Frankreich - hudoc; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, S. 317.

<sup>938</sup> EGMR, Urt. v. 16.10.2007, Nr. 74336/01, Wieser und BICOS Beteiligungen GmbH c/ Österreich - hudoc.

<sup>939</sup> EGMR, Urt. v. 24.07.2008, Nr. 18603/03, André u.a. c/ Frankreich - hudoc.

<sup>940</sup> EGMR, Urt. v. 15.07.2003, Nr. 3340/96, Ernst u.a. c/ Belgien - hudoc; EGMR, Urt. v. 25.02.2003, Nr. 51772/99, Roemen u. Schmit c/ Luxemburg - hudoc; EGMR, Urt. v. 27.03.1996, Nr. 17488/90, Godwin c/UK - hudoc.

<sup>941</sup> EGMR, Urt. v. 24.07.2008, Nr. 18603/03, André u.a. c/ Frankreich - hudoc.

<sup>942</sup> Ein konkretisierter Verdacht gegen eine Person, BVerfG, Beschl. v. 11.06.2010, Az.: 2 BvR 3044/09, StV 2010, 665; 2013, 609.

<sup>943</sup> Wohlers/Jäger, in SK, § 103 Rn 16, 17; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 291.



*aus denen zu schließen ist, daß die gesuchte Person, Spur oder Sache sich in den zu durchsuchenden Räumen befindet.“*

Folglich ist das Ziel einer Durchsuchung bei einem Dritten beschränkt auf die Ergreifung des Beschuldigten und das Auffinden „bestimmter“ Gegenstände und Spuren. Hinzukommen muss, dass über den Grad der Vermutung (wie noch in § 102 StPO gefordert) hinaus, konkrete Tatsachen dafür vorliegen, dass diesem Ziel gedient wird<sup>944</sup>.

Zudem dürfen zur Aufklärung von Straftaten gem. §§ 89a, 89c StGB (Gefährdung des demokratischen Rechtsstaats) und §§ 129a, 129b StGB (Bildung terroristischer Vereinigungen) auch Wohnungen in Gebäuden durchsucht werden, sofern auf Grund von Tatsachen anzunehmen ist, dass sich der Beschuldigte dort aufhält, s. § 103 Abs. 1 S. 2 StPO. Solche Gebäudedurchsuchungen dürfen im Falle von Gefahr in Verzug nur von der Staatsanwaltschaft angeordnet werden (s. § 105 Abs. 1 S. 1 StPO).

eee) Vollstreckung

Die Durchsuchung wird im Prinzip von den polizeilichen Ermittlungsbehörden durchgeführt. Dabei muss die Vollstreckung der Maßnahme besonderen Anforderungen, insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen<sup>945</sup>. Dies gilt vor allem für Wohnungsdurchsuchungen (s. Art. 13 Abs. 1 GG)<sup>946</sup>.

Zudem regelt das Gesetz die erlaubten Uhrzeiten einer Durchsuchung in § 104 StPO. Demnach dürfen zur Nachtzeit Wohnungen, Geschäftsräume und das befriedete Besitztum nur bei Verfolgung auf frischer Tat oder bei Gefahr im Verzug oder dann durchsucht werden, wenn es sich um die Wiederergreifung eines entwichenen Gefangenen handelt (Abs. 1). Die Nachtzeit umfasst in dem Zeitraum vom ersten April bis dreißigsten September die Stunden von neun Uhr abends bis vier Uhr morgens und in dem Zeitraum vom ersten Oktober bis

---

<sup>944</sup> Engländer, Examens-Repetitorium Strafprozessrecht, S. 60; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 293; Wohlwend, HRRS, 2015, S. 454.

<sup>945</sup> BVerfG, Beschl. v. 28.09.2006, Az.: 2 BvR 876/06; BVerfG, Beschl. v. 12.04.2005, Az.: 2 BvR 1027/02, BVerfGE 113, 29; BGH, Urt. v. 18.04.2007, Az.: 5 StR 546/06, BGHSt 51, 285; Wohlers/Jäger, in SK, § 103 Rn 16, 17.

<sup>946</sup> Wohlers/Jäger, in SK, § 102 Rn 3; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 288.

einunddreißigsten März die Stunden von neun Uhr abends bis sechs Uhr morgens (Abs. 3). Eine Ausnahme von der Nachtzeitenregelung aus Absatz 1 gilt dann, wenn die Räumlichkeiten zur Nachtzeit jedermann zugänglich oder diese der Polizei als Herbergen oder Versammlungsorte bestrafter Personen, als Niederlagen von Sachen, die mittels Straftaten erlangt sind, oder als Schlupfwinkel des Glücksspiels, des unerlaubten Betäubungsmittel- und Waffenhandels oder der Prostitution bekannt sind (Abs. 2).

Das Gesetz regelt zudem, wer an einer Durchsuchung teilnehmen kann (strenge Anwesenheitspflichten sind der StPO nicht bekannt). Die Durchsuchung ist keine heimliche Maßnahme<sup>947</sup>. An der Durchsuchung können zunächst der anordnende Ermittlungsrichter, sowie die zuständige Staatsanwaltschaft teilnehmen. Wenn eine Durchsuchung der Wohnung, der Geschäftsräume oder des befriedeten Besitztums ohne Beisein des Richters oder des Staatsanwalts stattfindet, so sind gem. § 105 Abs. 2 StPO, wenn möglich, ein Gemeindebeamter oder zwei Mitglieder der Gemeinde, in deren Bezirk die Durchsuchung erfolgt, zuzuziehen. Die als Gemeindemitglieder zugezogenen Personen dürfen nicht Polizeibeamte oder Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft sein.

Der Inhaber des Durchsuchungsobjekts darf der Durchsuchung beiwohnen, s. § 106 StPO. Ist er abwesend, so ist, wenn möglich, sein Vertreter oder ein erwachsener Angehöriger, Hausgenosse oder Nachbar hinzuzuziehen, § 106 StPO. Der Betroffene muss nicht geladen oder von dem Termin benachrichtigt werden. Dem Verteidiger steht während einer Durchsuchung kein Anwesenheitsrecht zu<sup>948</sup>. Die Rechtsprechung sieht in den §§ 105 Abs. 2, 106 StPO eine Verpflichtung der Ermittlungsbeamten zur Wahrung gewisser Anwesenheitsrechte<sup>949</sup>. Ein

---

<sup>947</sup> BGH, Beschl. v. 31.01.2007, Az.: StB 18/06, BGHSt 51, 211.

<sup>948</sup> Bruns in KK, § 105 Rn 21; Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 105 Rn 11; Wohlwend, HRRS, 2015, S. 458.

<sup>949</sup> BGH, Beschl. v. 31.01.2007, Az. StB 18/06, BGHSt 51, 211.

Verstoß führt aber nur bei einer willkürlichen Umgehung zu einer Unverwertbarkeit der Maßnahme<sup>950</sup>.

Dem Betroffenen der Durchsuchung ist auf Verlangen eine schriftliche Mitteilung mit dem Durchsuchungsgrund (§§ 102, 103 StPO) und der in Frage stehenden Straftat (§ 102 StPO) auszuhändigen, s. § 107 S. 1 StPO.

#### fff) Schutz von Berufsgeheimnisträgern

Es gilt einige Besonderheiten zu beachten, wenn die Durchsuchung berufliche Zeugnisverweigerungsrechte tangiert. Es gilt zwar nicht das Verbot des § 160a Abs. 1 StPO, da die speziellere Schutzvorschrift des § 97 StPO (s.a. § 160a Abs. 5 StPO) eingreift<sup>951</sup>. Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch mehrfach entschieden, dass Durchsuchungen, die berufliche Zeugnisverweigerungsrechte tangieren könnten, stets einer besonders strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen sind<sup>952</sup>. Die Schranken der Ermittlungsbehörden ergeben sich aus dem schutzbedürftigen Vertrauensverhältnis zwischen dem Berufsgeheimnisträger und seinem Mandanten/Patienten/etc.<sup>953</sup>. Dieser Schutz liegt auch im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und geordneten Rechtspflege und entspricht den verfassungsrechtlichen Vorgaben zum Kernbereichsschutz privater Lebensgestaltung (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 GG)<sup>954</sup>.

Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass Durchsuchungen bei Berufsgeheimnisträgern grundsätzlich möglich sind<sup>955</sup>, jedoch zu ihrem Schutz erhöhte Anforderungen an die

---

<sup>950</sup> Bruns, in KK, § 105 Rn 21; Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 105 Rn 11; Wohlers/Jäger, in SK, § 105 Rn 38; Wohlwend, HRRS, 2015, S. 458.

<sup>951</sup> BVerfG, NJW, 2018, 2385, 2387 ff. m.w.N.

<sup>952</sup> BVerfG, Beschl. v. 06.11.2014, Az.: BvR 2928/10 – hrr-straftrecht; BVerfG, Beschl. v. 18.03.2009, Az.: 2 BvR 1036/08, StV 2009, 505; BVerfG, Beschl. v. 12.04.2005, Az.: BvR 1027/02 – hrr-straftrecht; BVerfG, Beschl. v. 01.02.2005, Az.: 1 BvR 2019/03, NJW 2005, 964.

<sup>953</sup> Neubeck, in Kleinknecht/Müller/Reitberger, § 53 Rn 1; Plöd, ebenda, § 160a Rn 2; Roxin /Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 281.

<sup>954</sup> BVerfG, Beschl. v. 06.11.2014, Az.: BvR 2928/10 – hrr-straftrecht.

<sup>955</sup> Dies sogar in Fällen des § 160a Abs. 1 StPO, wenn zum Zeitpunkt des Erlasses des Durchsuchungsbeschlusses bestimmte Anhaltspunkte die Prognose erlauben, dass ausschliesslich relevante Erkenntnisse aus dem nicht absolut geschützten Bereich erhoben werden können. Diese Prognoseerwägungen müssen jedoch unbedingt in dem Beschluss erwähnt werden, s. BVerfG, Beschl. v. 06.11.2014, Az.: 2 BvR 2928/10 – hrr-straftrecht.

Maßnahme gestellt werden<sup>956</sup>. Dieser Schutz wird zudem von § 97 StPO flankiert, der besondere Beschlagnahmeverbote regelt. Auf diese Vorschrift wird noch weiter unten einzugehen sein.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass auch der EGMR im Falle von Durchsuchungen, die Berufsgeheimnisse verletzen könnten (z.B. von Anwaltskanzleien oder Presserräumen), fordert, dass das nationale Recht adäquate und effektive Schutzinstrumente gegen jede Form von Willkür und Missbrauch vorsehen muss<sup>957</sup> (z.B. richterliche Anordnung mit Begründung, Anwesenheit unbeteiligter Dritter, etc.<sup>958</sup>).

## bb) Beschlagnahme

### aaa) Voraussetzungen

Unter Beschlagnahme versteht man die Sicherstellung von Gegenständen<sup>959</sup>, die als Beweismittel in Frage kommen<sup>960</sup>. Es ist in terminologischer Hinsicht zwischen einer Herausgabe und einer Beschlagnahme zu unterscheiden, s. § 94 Abs. 2 StPO. Von einer Herausgabe spricht man, wenn die Gegenstände freiwillig herausgegeben werden, der Maßnahme mithin ein Zwangscharakter fehlt<sup>961</sup>. Eine Beschlagnahme ist zu bejahen, wenn die

---

<sup>956</sup> BVerfG, Beschl. v. 06.11.2014, Az.: 2 BvR 2928/10 – hrr-straftrecht; BVerfG, Beschl. v. 18.03.2009, Az.: 2 BvR 1036/08, StV 2009, 505; BVerfG, Beschl. v. 12.04.2005, Az.: BvR 1027/02 – hrr-straftrecht; BVerfG, Beschl. v. 01.02.2005, Az.: 1 BvR 2019/03, NJW 2005, 964.

<sup>957</sup> EGMR, Urt. v. 03.07.2012, Nr. 30457/06, Robathin c/Österreich – hudoc; EGMR, Urt. v. 21.01.2010, Nr. 43757/05, Da Silveira c/Frankreich – hudoc; EGMR, Urt. v. 24.07.2008, Nr. 18603/03, André u.a. c/Frankreich – hudoc; EGMR, Urt. v. 16.10.2007, Nr. 74336/01, Wieser und BICOS Beteiligungen GmbH c/Österreich – hrr-straftrecht; EGMR, Urt. v. 15.07.2003, Nr. 33400/96, Ernst u.a. c/Belgien – hudoc; EGMR, Urt. v. 25.02.2003, Nr. 51772/99, Roemen u. Schmit c/Luxemburg – hudoc; EGMR, Urt. v. 27.03.1996, Nr. 28957/95, Goodwin c/Vereinigtes Königreich – hudoc.

<sup>958</sup> EGMR, Urt. v. 03.07.2012, Nr. 30457/06, Robathin c/Österreich – hudoc; EGMR, Urt. v. 21.01.2010, Nr. 43757/05, Da Silveira c/Frankreich – hudoc; EGMR, Urt. v. 24.07.2008, Nr. 18603/03, André u.a. c/Frankreich – hudoc (Die Anwesenheit eines „bâtonnier“, also des Vorsitzenden einer französischen Anwaltskammer während einer Durchsuchung wurde als hinreichende Garantie vor unzulässigen Eingriffen in das Berufsgeheimnis angesehen); EGMR, Urt. v. 16.10.2007, Nr. 74336/01, Wieser und BICOS Beteiligungen GmbH c/Österreich – hrr-straftrecht; EGMR, Urt. v. 15.07.2003, Nr. 33400/96, Ernst u.a. c/Belgien – hudoc; EGMR, Urt. v. 25.02.2003, Nr. 51772/99, Roemen u. Schmit c/Luxemburg – hudoc; EGMR, Urt. v. 27.03.1996, Nr. 28957/95, Goodwin c/Vereinigtes Königreich – hudoc.

<sup>959</sup> Elektronische Daten sind keine Gegenstände und können damit nicht beschlagnahmt iSv §§ 94 ff. StPO werden. Es können jedoch die Datenträger, auf denen die elektronischen Daten gespeichert wurden, beschlagnahmt, bzw. hiervon eine Kopie gefertigt werden.

<sup>960</sup> Wohlers/Greco, in SK, § 94 Rn 14; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 279.

<sup>961</sup> Wohlers/Greco, in SK, § 94 Rn 6 ff.; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 279.

Ermittlungsbehörden den Gegenstand unter Anwendung von Zwang erhalten. Eine Erzwingung der Herausgabe ist gem. § 95 Abs. 1, 2 StPO durch Verhängung von Ordnungsmitteln möglich. Gegen Zeugnisverweigerungsberechtigte iSv §§ 52, 53 StPO können hingegen keine Zwangsmittel angeordnet werden, s. § 95 Abs. 2 S. 2 StPO. Die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die Zwangsmaßnahme der Beschlagnahme findet sich in §§ 94, 98 StPO. Es gilt wiederum ein Richtervorbehalt, wenn nicht Gefahr in Verzug zu bejahen ist (s. § 98 Abs. 1 StPO)<sup>962</sup>.

Die Anordnung muss den Grund der Beschlagnahme (Angaben bzgl. der aufzuklärenden Straftat), sowie die Beweiserheblichkeit der zu beschlagnahmenden Gegenstände und Umfang der Beschlagnahme erkennen lassen. Eine pauschale Anordnung „*alle aufgefundenen Gegenstände als Beweismittel*“ zu beschlagnahmen ist unzulässig<sup>963</sup>. Die materiellen Voraussetzungen einer Beschlagnahmeanordnung sind das Vorliegen eines Anfangsverdachts<sup>964</sup> und die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme<sup>965</sup>.

Die Vollstreckung der Maßnahme muss ebenfalls verhältnismäßig sein<sup>966</sup>. Hinsichtlich der praktischen Vollstreckung einer Beschlagnahme sieht § 94 Abs. 1 StPO sowohl eine amtliche Inverwahrnahme als auch eine Sicherstellung „*in anderer Weise*“ vor. Mithin kann eine Beschlagnahme auch durch (zwangsweise) Wegnahme oder Anordnung einer Verfügungsbeschränkung (durch Versiegelung und bei Grundstücken zusätzlich durch ein Betretungsverbot) erfolgen<sup>967</sup>. Die in Verwahrung oder in Beschlagnahme genommenen Gegenstände sind genau zu verzeichnen und zur Verhütung von Verwechslungen durch amtliche Siegel oder in sonst geeigneter Weise kenntlich zu machen, s. § 108 StPO. Des Weiteren sieht § 107 S. 2 StPO vor, dass dem von der Beschlagnahme Betroffenen auf Verlangen ein

---

<sup>962</sup> Gercke, in Gercke/Julius/Temming/Zöller, Vor §§ 94 ff. Rn 24; Wohlers/Greco, in SK, § 98 Rn 31.

<sup>963</sup> BVerfG, Urt. v. 03.09.1991, Az.: 2 BvR 279/90, StV 1992, 49.

<sup>964</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 276.

<sup>965</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.04.2005, Az.: 2 BvR 1027/02, BVerfGE 113, 29.

<sup>966</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.04.2005, Az.: 2 BvR 1027/02, BVerfGE 113, 29; Wohlers/Greco, in SK, § 94 Rn 14 ff.; Kühne, Strafprozessrecht, S. 326.

<sup>967</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 282.

Verzeichnis der beschlagnahmten Gegenstände auszuhändigen ist.

#### bbb) Beschlagnahmeverbote

Einige Gegenstände unterliegen einem gesetzlichen Beschlagnahmeverbot<sup>968</sup>. So besagt § 97 Abs. 1, 2 S. 1 StPO: *„Der Beschlagnahme unterliegen nicht schriftliche Mitteilungen zwischen dem Beschuldigten und den Personen, die nach § 52 oder § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3b das Zeugnis verweigern dürfen (Nr. 1), Aufzeichnungen, welche die in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3b Genannten über die ihnen vom Beschuldigten anvertrauten Mitteilungen oder über andere Umstände gemacht haben, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht erstreckt (Nr. 2), andere Gegenstände einschließlich der ärztlichen Untersuchungsbefunde, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht der in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3b Genannten erstreckt (Nr. 3).*

*Diese Beschränkungen gelten nur, wenn die Gegenstände im Gewahrsam der zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigten sind (...).“*

Es handelt sich bei dieser Vorschrift um eine Verlängerung einerseits der persönlichen und andererseits der beruflichen Zeugnisverweigerungsrechte aus §§ 52, 53 Abs. 1 Nr. 1 bis 3b StPO<sup>969</sup>. Korrespondenz mit diesen Personen unterliegen einem absoluten Beschlagnahmeverbot. Der wichtigste Unterfall dieser Regelung ist die Korrespondenz zwischen einem Verteidiger und seinem Mandanten<sup>970</sup>.

§ 97 Abs. 3 und 4 StPO regeln sodann bestimmte Beschlagnahmeverbote, wenn es sich um Berufsheimnisträger iSv § 53 Abs. 1 Nr. 4 bis 5 StPO handelt.

Diese Beschlagnahmeverbote gelten nur, wenn sich die Unterlagen bei dem Berufsheimnisträger befinden (§ 97 Abs. 2 S. 1 StPO). Eine Ausnahme hiervon macht die Rechtsprechung dann, wenn es um die Beschlagnahme von Verteidigungsmaterial geht, die für

---

<sup>968</sup> Wohlers/Greco, in SK, § 97 Rn 48 ff.

<sup>969</sup> Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 112, 113; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 283.

<sup>970</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 282.

die Verteidigung erforderlich und an den Verteidiger gerichtet sind oder gerichtet werden sollen<sup>971</sup>. Das Beschlagnahmeverbot gilt analog § 97 StPO auch bei dem Beschuldigten<sup>972</sup>. Dadurch soll das Recht auf effektive Verteidigung iSv Art. 6 Abs. 3 EMRK sowie Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 20 Abs. 3 GG gewahrt werden<sup>973</sup>.

Die Auslegung des Begriffs der Verteidigungsunterlagen wirft aber Fragen auf, wenn es um die Beschlagnahme von Unterlagen bei einem Anwalt geht, der zuvor interne Untersuchungen in einem Unternehmen vorgenommen hat. So genannte „internal investigations“, bei denen in einem Unternehmen durch Rechtsanwälte oder Steuerprüfer, also nicht durch staatliche Verfolgungsbehörden, Mitarbeiter befragt, Gegenstände beschlagnahmt werden, etc., um einem Straftatverdacht nachzugehen, gewinnen in der Praxis immer mehr an Bedeutung<sup>974</sup>. Wenn es in Folge zu einem öffentlichen Strafverfahren kommt, stellt sich die Frage, ob die anwaltlichen Unterlagen, die während der „internal investigations“ angefertigt wurden, in dem Strafverfahren beschlagnahmt werden können oder ob sie einem Beschlagnahmeverbot gem. § 97 Abs. 1 StPO unterfallen.

Das Gesetz regelt diese Frage nicht. Zunächst befassten sich drei Landgerichte mit dieser Thematik<sup>975</sup>.

Das LG Hamburg hat in seinem Beschluss vom 10. Oktober 2010 (Az.: 608 Qs 18/10) ein Beschlagnahmeverbot verneint. Solche anwaltlichen Unterlagen unterfallen nicht dem

---

<sup>971</sup> BVerfG, Beschl. v. 06.11.2014, Az.: BvR 2928/10 – hrr-strafrecht; BVerfG, Beschl. v. 30. Januar 2002, Az.: 2 BvR 2248/00, NJW 2002, 1410; BGH, Urt. v. 25.02.1998, Az.: 3 StR 490/97, BGHSt 44, 46.

<sup>972</sup> BVerfG, Beschl. v. 06.11.2014, Az.: BvR 2829/10 – hrr-strafrecht; BVerfG, Beschl. v. 12.04.2005, Az.: BvR 1027/02, BVerfGE 113, 29; BGH, Beschl. v. 18.02.2014, Az.: StB 8/13; BGH, Urt. v. 25.02.1998, Az.: 3 StR 490/97 – hrr-strafrecht; Wohlers/Greco, in SK, § 97 Rn 86; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 282.

<sup>973</sup> BGH, Urt. v. 25.02.1998, Az.: 3 StR 490/97, BGHSt 44, 46; OLG München, Beschl. v. 30.11.2004, Az.: 3 Ws 720-722/04, NStZ 2006, 300, JR 2007, S. 336 mit Anmkg. Satzger; Schäfer, in FS für Rainer Hamm, S. 629. Diese Entscheidung betrifft die Verwertbarkeit von Beweismitteln, die gegebenenfalls in den Anwendungsbereich des § 97 StPO fallen und die im Rahmen einer Durchsuchung einer Wohnung in Paris durch französische Behörden auf Grundlage eines deutschen Rechtshilfeersuchens sichergestellt wurden.

<sup>974</sup> Wohlers/Greco, in SK, § 97 Rn 84a.

<sup>975</sup> <http://fachanwaelte-strafrecht-potsdamer-platz.de/de/news/compliance/155-beschlagnahme-und-beschlagnahmefreiheit-von-unterlagen-aus-internal-investigations> (Stand 08.11.2017).

anwältlichen Berufsgeheimnis, so dass auch der Schutzbereich von § 97 Abs. 1 StPO nicht eröffnet sei.

Das LG Mannheim hingegen unterschied in seinem Beschluss vom 3. Juli 2012 (Az.: 24 Qs 2/12), ob die anwältlichen Unterlagen in der Kanzlei oder in dem Unternehmen beschlagnahmt wurden. Im ersten Fall gelte das Beschlagnahmeverbot aus § 97 Abs. 2 S. 1 StPO, im zweiten Fall jedoch nicht, da es sich nicht um Verteidigungsmaterial im engeren Sinne handele, das einem allgemeinen, über den Wortlaut von § 97 Abs. 2 StPO hinausgehenden Schutz unterliegt.

Zu guter Letzt hat das LG Braunschweig in seinem Beschluss vom 21. Juli 2015 (Az.: 6 Qs 116/15) ein generelles Beschlagnahmeverbot, sowohl im Unternehmen als auch in der Anwaltskanzlei, bejaht, da es sich nach Ansicht des Gerichts bei den Unterlagen, die im Rahmen einer „internal investigation“ angefertigt wurden, um Verteidigerunterlagen im engeren Sinne handele.

In der Zwischenzeit hat die höchstrichterliche Rechtsprechung Stellung genommen und eine Beschlagnahme solcher Unterlagen in der Anwaltskanzlei für zulässig erachtet, wenn kein konkretes Mandat mit einem Beschuldigten bestanden hat. Ein Beschlagnahmeverbot nach § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO bestehe nur im Rahmen des Vertrauensverhältnisses zwischen einem Berufsgeheimnisträger und dem im konkreten Ermittlungsverfahren Beschuldigten<sup>976</sup>.

Die oben genannten Beschlagnahmeverbote entfallen, wenn der Verdacht begründet ist, dass die zeugnisverweigerungsberechtigte Person an der Tat oder an einer Datenhehlerei, Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei beteiligt ist, oder wenn es sich um Gegenstände handelt, die durch eine Straftat hervorgebracht oder zur Begehung einer Straftat gebraucht oder bestimmt sind oder die aus einer Straftat herrühren (s. § 97 Abs. 2 S. 2 StPO).

Außerhalb der gesetzlichen Regelung aus § 97 sind Gegenstände dann beschlagnahmefrei, wenn ansonsten die Verwertung den Artt. 1, 2 GG widersprechen würde, so die Intimsphäre

---

<sup>976</sup> s. nur BVerfG, Beschl. v. 27.06.2018, 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17 – hrr-strafrecht.



betreffende Tagebücher und Briefe<sup>977</sup> oder Klientenakten einer Drogenberatungsstelle, wenn das Geheimhaltungsinteresse das Strafverfolgungsinteresse überwiegt<sup>978</sup>. Bei einem Verstoß gegen dieses Beweisgewinnungsverbot ist ebenfalls ein Beweisverwertungsverbot zu bejahen<sup>979</sup>.

Darüber hinaus muss in allen Fällen, in denen die Beschlagnahme ein Berufsgeheimnis verletzen könnte, ganz besonders auf die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme geachtet werden<sup>980</sup>. Bei einem Verstoß gegen die oben genannten Beweisgewinnungsverbote ist gleichzeitig ein Beweisverwertungsverbot zu bejahen<sup>981</sup>.

### ccc) Zufallsfunde

§ 108 StPO regelt die Behandlung von Zufallsfunden. Im Grundsatz gilt, dass wenn bei Gelegenheit einer Durchsuchung Gegenstände gefunden, die zwar in keiner Beziehung zu der Untersuchung stehen, aber auf die Verübung einer anderen Straftat hindeuten, sie einstweilen in Beschlag zu nehmen sind<sup>982</sup>. Die Staatsanwaltschaft ist hiervon in Kenntnis zu setzen, s. § 108 Abs. 1 S. 1, 2 StPO. Dies gilt jedoch nicht im Rahmen einer Ergreifungsdurchsuchung bei einem Dritten, wenn die in Verdacht stehende Straftat § 89a oder § 89c Abs. 1 bis 4 StGB (Vorbereitung einer schwer staatsgefährdenden Straftat/Terrorismusfinanzierung) oder § 129a, auch in Verbindung mit § 129b Abs. 1 StGB (Bildung terroristischer Vereinigungen/Kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland), oder einer in dieser Vorschrift bezeichneten Straftaten erfasst, s. § 103 Abs. 1 S. 2 StPO. Zufallsfunde können in einem gesonderten Verfahren verwertet werden. Dies gilt allerdings nicht, wenn ein Beschlagnahmeverbot bzgl. der gefundenen Sache besteht oder wenn die Beamten gezielt nach den Gegenständen gesucht

---

<sup>977</sup> BGH, Urt. v. 21.02.1964, Az.: 4 StR 519/63, BGHSt 19, 325.

<sup>978</sup> Im Sinne einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, s. BVerfG, Beschl. v. 24.05.1977, Az.: 2 BvR 988/75, BVerfGE 44, 353.

<sup>979</sup> BGH, Urt. v. 28.06.2001, Az.: 1 StR 198/01, NJW 2001, 3793, 3794.

<sup>980</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.04.2005, Az.: BvR 1027/02, BVerfGE 113, 29; BVerfG, Urt. v. 05.08.1966, Az.: 1 BvR 586/62 und 512/64, BVerfGE 20, 162; Wohlers/Greco, in SK, § 97 Rn 48 ff.; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 283.

<sup>981</sup> BGH, Urt. v. 28.06.2001, Az.: 1 StR 198/01, NJW 2001, 3793, 3794.

<sup>982</sup> Engländer, Examens-Repetitorium Strafprozessrecht, S. 60.

haben, um sie dann als Zufallsfunde auszugeben (Umgebungsgedanke)<sup>983</sup>. Zufallsfunde, die bei der Durchsuchung eines Berufsheimnisträgers iSv § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO aufgefunden werden, dürfen darüber hinaus nur zur Aufklärung einer Straftat, die im Höchstmaß mit mindestens 5 Jahren Freiheitsstrafe belegt ist und bei der es sich nicht um eine Straftat gem. § 353b StGB (Verletzung des Dienstgeheimnisses und einer besonderen Geheimhaltungspflicht) handelt, verwertet werden, s. § 108 Abs. 3 StPO.

## b) Frankreich

### aa) Durchsuchung im Rahmen einer „information“

Die Durchsuchung, genannt „perquisition“<sup>984</sup>, ist sowohl im Rahmen einer „information“ als auch einer „enquête“ möglich. Sie wird wie folgt definiert: *„Toute perquisition implique la recherche, à l'intérieur d'un lieu notamment clos, notamment au domicile d'un particulier, d'indices permettant d'établir l'existence d'une infraction ou d'en déterminer l'auteur.“*<sup>985</sup> Demnach verfolgt eine Durchsuchung den Zweck im Innern eines geschlossenen Raumes, gegebenenfalls in der Wohnung einer Person, nach Indizien zu suchen, die den Nachweis der Begehung einer Straftat erbringen oder dessen Täter ausfindig machen können<sup>986</sup>.

Der Durchsuchung unterfallen auch Durchsuchungen eines Geldbeutels und des menschlichen Körpers<sup>987</sup>. Die Körperdurchsuchung ist dabei von einer einfachen äußerlichen Untersuchung, der sog. „palpation de sécurité“ zu unterscheiden, die lediglich dem Zweck dient

---

<sup>983</sup> BVerfG, Beschl. v. 02.07.2009, Az.: 2 BvR 2225/08, NJW 2009, 3225; Beulke, Strafprozessrecht, S. 107; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 292.

<sup>984</sup> Die „perquisition“ ist von den „visites domiciliaires“, sog. Hausdurchsuchungen zu unterscheiden. Letztere sind verwaltungsrechtliche Maßnahmen, die von einem Beamten vorgenommen werden können, bspw. in Zollsachen, s. Art. 62 - 64 Code de douanes; Mayaud, Répertoire du droit pénal et de procédure pénale, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2016; Verny, Procédure Pénale, Dalloz, Paris, 2016, S. 95; Roussel, La perquisition: de la recherche de preuves à la recherche d'unité, AJ Pénal, 2016, S. 236.

<sup>985</sup> Crim., Urt. v. 29.03.1994, Nr. 93-84.995, Bull. crim. Nr. 118; Roussel, La perquisition: de la recherche de preuves à la recherche d'unité, AJ Pénal, 2016, S. 236.

<sup>986</sup> Die sog. "online-Durchsuchung", mithin der Zugriff auf ein von dem Betroffenen genutztes informationstechnisches System sowie die damit verbundene Datenerhebung, unterfällt laut französischem Recht einer Durchsuchung. Dieser Aspekt einer französischen Durchsuchungsmaßnahme wird im Rahmen dieser Arbeit nicht behandelt werden können.

<sup>987</sup> Crim., Urt. v. 23.03.2016, Nr. 14-87.370, Bull. crim. Nr. 102.

herauszufinden, ob Gegenstände am Körper getragen werden. Dieses äußerliche Abtasten muss nicht den gesetzlichen Anforderungen einer Durchsuchung gerecht werden.

Im Folgenden wird zu untersuchen sein unter welchen Voraussetzungen eine Durchsuchung im Rahmen einer „information“ durchgeführt werden kann. Sie stellt dann, anders als im Rahmen einer „enquête“ wie noch weiter unten gesehen wird, stets eine Zwangsmaßnahme, die ohne Zustimmung des Betroffenen durchgeführt werden kann, dar<sup>988</sup>.

#### aaa) Ermächtigungsgrundlage

Während einer „information“ können von dem Untersuchungsrichter<sup>989</sup> Beweiserhebungen, so genannte „actes d’information“, angeordnet werden<sup>990</sup>. Der Untersuchungsrichter handelt dann in der Funktion eines Ermittlers (sog. „fonction d’investigation“). Art. 81 Abs. 1 S. 1 CPP enthält hierfür eine Generalermächtigungsklausel: *„Le juge d’instruction procède conformément à la loi, à tous les actes d’information qu’il juge utiles à la manifestation de la vérité.“* Auf dieser Grundlage kann der Untersuchungsrichter demnach alle Ermittlungsmaßnahmen anordnen, die ihm zur Erforschung der Wahrheit dienlich erscheinen. Darunter fallen auch Durchsuchungen, deren alleiniges Ziel die Erforschung der Wahrheit darstellt<sup>991</sup>, s.a. Art. 94 CPP.

Von einem „acte d’information“ sind die Fälle zu unterscheiden, in denen der Untersuchungsrichter als „echte“ gerichtliche Instanz auftritt (sog. „fonction juridictionnelle“)

---

<sup>988</sup> Van Ruymbeken, *Le juge d’instruction*, PUF, Paris, 2016, S. 75.

<sup>989</sup> Der Untersuchungsrichter kann seine Ermittlungsbefugnisse gem. Art. 81 Abs. 4 CPP im Rahmen der Artt. 151, 152 CPP an einen OPJ delegieren (sog. „commission rogatoire“). In der französischen Rechtsprechung ergaben sich Probleme, wenn der Untersuchungsrichter seine Befugnisse in Form einer Generalermächtigung delegierte (Crim., Urt. v. 03.04.2013, Nr. 12-86.275, Bull. crim. Nr. 73 – *legifrance*). Es lag dann allein an Letzteren zu entscheiden, ob und wenn ja, welche Ermittlungs- und insbesondere Zwangsmaßnahmen wie eine Durchsuchung vorgenommen werden. Diese Problematik wird im Rahmen der Vollstreckung einer EEA, die im Mittelpunkt dieser Arbeit steht, keine Rolle spielen, da Art. 694-20 CPP einen OPJ als Anordnungsbehörde ausschließt. Die Frage, ob eine polizeilich angeordnete Wohnungsdurchsuchung in Deutschland vollstreckt werden muss, stellt sich folglich nicht.

<sup>990</sup> Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, Paris, 2017, S. 728.

<sup>991</sup> Crim., Urt. v. 29.03.1994, Nr. 93-84.995, Bull. crim. Nr. 118 – *daloz*; Roussel, *La perquisition : de la recherche de preuves à la recherche de l’unité*, *AJ Pénal*, 2016, S. 237.

und gerichtliche Entscheidungen erlässt<sup>992</sup>, sog. „ordonnances“<sup>993</sup>. Diese können mittels Berufung („appel“) angegriffen werden (vgl. Art. 185 CPP)<sup>994</sup>. Das Gesetz sieht vor, wann der Untersuchungsrichter während einer „information“ in dieser gerichtlichen Funktion auftritt. Freiheitsentziehende (z.B. Artt. 143-1 ff. CPP) sowie Entscheidungen im Anschluss an eine Beweiserhebungsmaßnahme (z.B. Art. 114 Abs. 8 CPP) ergehen in Form eines Beschlusses.

Fraglich ist, ob Art. 81 Abs. 1 S. 1 CPP angesichts des mit einer Durchsuchung verbundenen Grundrechtseingriffs eine hinreichende gesetzliche Grundlage iSv Art. 8 EMRK darstellt. Die grundrechtliche Dimension einer Durchsuchung ist in Frankreich anerkannt, auch und vor allem im Falle von Wohnraumdurchsuchungen. So sah schon Art. 76 der revolutionären Verfassung vom 13. Dezember 1799<sup>995</sup> („Constitution du 22 Frimaire An VIII“<sup>996</sup>) die Unverletzlichkeit des Wohnraums vor. Heute wird der Wohnraumschutz in dem Recht auf Achtung des Privatlebens aus Art. 2 der Menschenrechtserklärung von 1789 („Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789“), Teil des französischen Verfassungsblocks, verankert<sup>997</sup>.

Die französische Rechtsprechung hat sich mit dieser Frage in Bezug auf Durchsuchungen nicht auseinandersetzen müssen. Es erging jedoch eine Entscheidung des französischen Kassationsgerichtshofs hinsichtlich der Zulässigkeit von Standortermittlungen (sog. „géolocalisation“) auf Grundlage von Art. 81 CPP<sup>998</sup>. Die Beschwerdeführer stellten die Zulässigkeit solcher Maßnahmen basierend auf Art. 81 CPP aufgrund des mit einer

---

<sup>992</sup> Pradel, Procédure pénale, Cujas, Paris, 2017, S. 727.

<sup>993</sup> Darunter fallen während des Ermittlungsverfahrens z.B. besondere freiheitsentziehende Maßnahmen, s. Art. 143-1 CPP. Gleichzeitig trifft der Untersuchungsrichter auch am Ende einer „information“ einen solchen Beschluss, sog. „ordonnances de règlement“, Artt. 175 ff. CPP, mit denen er über den weiteren Verfahrensgang beschließt.

<sup>994</sup> Zudem ist darauf hinzuweisen, dass der Untersuchungsrichter auch sog. „mandats“ (entsprechend Haftbeschlüsse) erlassen kann, s. Artt. 122 ff. CPP.

<sup>995</sup> So heißt es: „*La maison de toute personne habitant le territoire français, est un asile inviolable. Pendant la nuit, nul n’a le droit d’y entrer que dans le cas d’incendie (...). Pendant le jour, on peut y entrer pour un objet spécial déterminé ou par une loi, ou par un ordre émané d’une autorité publique.*“

<sup>996</sup> <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-22-frimaire-an-viii.5087.html> (Stand 07.04.2018). Für weitere Nachweise des Wohnraumschutzes in älteren Verfassungsmodellen s. nur Roussel, La perquisition : de la recherche de preuves à la recherche d’unité, AJ Pénal, 2016, S. 236; Vlamynck, Le policier et le principe de l’inviolabilité du domicile, AJ Pénal, 2011, S. 352.

<sup>997</sup> Cons. const., QPC v. 29.11.2013, Nr. 2013-357, JORF v. 01.12.2013, S. 19603, Text Nr. 30; Roussel, La perquisition : De la recherche de preuves à la recherche d’unité, AJ Pénal, 2016, S. 238.

<sup>998</sup> Crim., Urt. v. 06.01.2015, Nr. 14-85528, Bull. crim. Nr. 8 – legifrance.

Standortermittlung verbundenen Eingriffs in die Privatsphäre in Frage. Der französische Kassationsgerichtshof wies die Beschwerde allerdings als unbegründet ab. Zwar stelle die Standortermittlung auch nach Ansicht des Gerichts einen Eingriff in die Privatsphäre iSv Art. 8 EMRK dar. Dennoch könne eine solche auf Grundlage von Art. 81 Abs. 1 S. 1 CPP angeordnet werden. Die Vorschrift entspreche den Anforderungen des Gesetzlichkeitsgrundsatzes („*principe de légalité*“), zudem werde die Vollstreckung der Maßnahme richterlich überwacht. Dies stelle eine hinreichende Garantie vor willkürlichen Maßnahmen dar.

Diese Rechtsprechung kann auf die Durchsuchung übertragen werden. Zudem sprechen für einen ausreichenden Schutz die Tatsache, dass die Maßnahme nachträglich gerichtlich überprüft werden kann (s. Art. 170 und Art. 802 CPP). Des Weiteren sehen die Artt. 95, 96 CPP zusätzliche Schutzgarantien im Falle von Wohnraumdurchsuchungen bei einem Beschuldigten und unbeteiligten Dritten vor.

#### bbb) Anordnung

Das Gesetz sieht keine Form- oder Inhaltsvorgaben für die Anordnung einer Durchsuchung vor (auf die Ausnahmen in Artt. 56-1 ff. CPP wird in einem besonderen Teil einzugehen sein). Art. 81 Abs. 2 CPP statuiert lediglich eine Dokumentationspflicht im Anschluss an den Vollzug einer Maßnahme. Auch die Rechtsprechung stellt keine besonderen Anforderungen an die Durchsuchungsanordnung. Dem „*juge d’instruction*“ ist es selbst gestattet einem OPJ eine Generalermächtigung zur Vornahme jeglicher, der Wahrheitsermittlung dienlicher, Maßnahmen zu erteilen<sup>999</sup>. Dieses Mandat muss weder Angaben bezüglich der zu durchsuchenden Örtlichkeiten/Wohnungen/Adressen etc., noch der zu beschlagnahmenden Beweismittel enthalten<sup>1000</sup>. Im Umkehrschluss aus dieser Rechtsprechung und den Vorgaben

---

<sup>999</sup> Crim., Urt. v. 03.04.2013, Nr. 12-86.275, Bull. crim. Nr. 73 – *legifrance*.

<sup>1000</sup> Crim., Urt. v. 03.04.2013, Nr. 12-86.275, Bull. crim. Nr. 73 – *legifrance*.

der Artt. 56-1 ff. CPP, die in bestimmten Fällen eine begründete Anordnung fordern, kann geschlossen werden, dass es einer solchen im Übrigen nicht bedarf.

Die Anordnung einer Durchsuchung muss jedoch dem Erforderlichkeits- („nécessité“) und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz („proportionnalité“) entsprechen<sup>1001</sup>.

### ccc) Vollstreckung

Die „information“ stellt ein schriftliches Verfahren dar<sup>1002</sup>, so dass jede Vornahme einer Ermittlungsmaßnahme in einer amtlichen Niederschrift („procès-verbal“) festgehalten werden muss, s. Art. 81 Abs. 1 S. 3 CPP. Es gilt eine schriftliche Beweisführung, so dass eine Maßnahme als nicht vorgenommen gilt, wenn sie nicht schriftlich in der Ermittlungsakte festgehalten wurde<sup>1003</sup>. Ein deklaratorischer Hinweis auf das Protokollerfordernis findet sich für Durchsuchungen in Art. 92 Abs. 3 CPP.

Der „procès-verbal“ muss von dem Untersuchungsrichter sowie dem teilnehmenden Urkundsbeamten („greffier“) unterschrieben werden<sup>1004</sup>. Falls der Urkundsbeamte von einer vereidigten Person vertreten wird, ist dessen ordnungsgemäße Vereidigung in dem Protokoll zu vermerken. Dies gilt auch, wenn der Durchsuchung ein vereidigter Sachverständiger beiwohnt<sup>1005</sup>. Wird gegen diese Formalitäten verstoßen, ist das Protokoll nichtig<sup>1006</sup>. Weder der Beschuldigte, noch das Opfer oder der Zeuge, die bei der Wohnungsdurchsuchung anwesend

---

<sup>1001</sup> Art. 1 Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, JORF, Nr. 0138 v. 16.06.2000, S. 9038, Text Nr. 1; Crim., Urt. v. 27.01.1987, Nr. 86-93.278, Bull. crim. Nr. 41; Rayne, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Perquisition-saisie-visite domiciliaire, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2017, Rn. 63.

<sup>1002</sup> Pradel, Procédure pénale, Cujas, Paris, 2017, S. 729.

<sup>1003</sup> Satzger, in 200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le Bicentenaire du Code d'instruction criminelle, S. 101.

<sup>1004</sup> Crim., Urt. v. 16.12.1980, Nr. 80-91359, Bull. crim. Nr. 350.

<sup>1005</sup> Crim., Urt. v. 03.12.1998, Nr. 98-83.443, Bull. crim. Nr. 333.

<sup>1006</sup> Crim., Urt. v. 16.12.1980, Nr. 80-91359, Bull. crim. Nr. 350.

sind, müssen das Protokoll unterschreiben, außer es ist gleichzeitig zu einer Vernehmung, Befragung oder Gegenüberstellung gekommen<sup>1007</sup>.

Das Protokoll der Wohnungsdurchsuchung ist der Akte beizufügen, s. Art. 81 Abs. 2 CPP. Zur Wahrung der Beschuldigtenrechte muss dies rechtzeitig vor der Vernehmung des Beschuldigten erfolgen<sup>1008</sup>.

Die Vollstreckung einer Durchsuchung muss darüber hinaus verhältnismäßig sein und der Wahrheitsermittlung iSv Art. 94 CPP dienen<sup>1009</sup>.

Des Weiteren sind die Artt. 92 ff. CPP zu beachten. Art. 92 Abs. 1 CPP besagt: *„Le juge d’instruction peut se transporter sur les lieux pour y effectuer toutes constatations utiles ou procéder à des perquisitions. Il en donne avis au procureur de la République, qui a la faculté de l’accompagner.“*

Demnach ist grundsätzlich der Untersuchungsrichter für die Vornahme von Durchsuchungen zuständig, wobei er diese Tätigkeit an einen OPJ delegieren kann, s. Art. 81 Abs. 4 iVm Artt. 151, 152 CPP. Der Untersuchungsrichter muss von einem Urkundsbeamten („greffier“) begleitet werden, s. Art. 81 Abs. 2 CPP, wobei dieser auch von einem sog. „commis-greffier“ oder einer vereidigten Person vertreten werden kann<sup>1010</sup>.

Der Untersuchungsrichter sowie der Urkundsbeamte sind zudem berechtigt im Rahmen einer EEA einer Durchsuchung im Ausland beizuwohnen, wenn dies im Rahmen der Ermittlungen erforderlich ist und der Vollstreckungsstaat zugestimmt hat, s. Art. 93-1 CPP.

Die zuständige Staatsanwaltschaft ist von der Durchsuchung zu informieren. Sie hat das Recht an der Durchsuchung teilzunehmen. Der Verteidiger hingegen hat kein Anwesenheitsrecht. Dies wird im Umkehrschluss aus Art. 92 CPP abgeleitet, der ein Anwesenheitsrecht des

---

<sup>1007</sup> Crim., Urt. v. 16.10.1979, Nr. 79-92.327, Bull. crim. Nr. 281.

<sup>1008</sup> Crim., Urt. v. 08.12.1976, Nr. 76-90868, Bull. crim. 353.

<sup>1009</sup> Van Ruymbeken, *Le juge d’instruction*, PUF, Paris, 2016, S. 75.

<sup>1010</sup> Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, Paris, 2017, S. 729.

Verteidigers gerade nicht vorsieht. Dessen Anwesenheit ist nur dann angezeigt, wenn es während der Durchsuchung zu einer Vernehmung des Verdächtigen kommt<sup>1011</sup>.

#### ddd) Wohnungsdurchsuchungen

Artt. 95, 96 CPP regeln die Wohnungsdurchsuchung („perquisition au domicile“). Fraglich ist zunächst wie der Begriff der Wohnung definiert wird.

Der CPP sieht keine Legaldefinition vor. In Rechtsprechung und Literatur hat sich folgende Definition etabliert: *„Le domicile est l'endroit où une personne a le droit de se dire chez elle, quels que soient le titre juridique de son occupation et l'affection donnée aux locaux.“*<sup>1012</sup>

Mithin ist eine Wohnung ein Ort, an dem sich eine Person zuhause sagt, unabhängig von der rechtlichen Natur seiner Nutzung und Bestimmung. Der Begriff der Wohnung wird weit verstanden und erfasst auch geschlossene Nebenräume und Terrassen, Geschäftsräume und auch Räumlichkeiten, die einer juristischen Person gehören<sup>1013</sup>. Nicht umfasst sind Räumlichkeiten, die keine Wohnmöglichkeiten (mehr) bieten (z.B. kleines Schiff ohne entsprechenden Zubehör/zerstörte Wohnung)<sup>1014</sup>. Ebenso unterfallen Autos nicht dem Wohnungsbegriff<sup>1015</sup>, außer sie wurden so umgebaut, dass sie als Wohnstätten dienen können (davon geht auch Art. 78-2-2 II Abs. 4 CPP aus). Gefängniszellen stellen ebenfalls keine Wohnräume dar<sup>1016</sup>.

Art. 95 CPP regelt die Wohnraumdurchsuchungen bei einer Person „mise en examen“. Die Vorschrift enthält lediglich einen Verweis auf die Artt. 57 und 59 CPP. Art. 57 Abs. 1 CPP statuiert eine Anwesenheitspflicht des Wohnungsinhabers, so dass auch eine Person „mise en

---

<sup>1011</sup> Crim., Urt. v. 03.04.2013, Nr. 12-88.428 – Dalloz Actualité.

<sup>1012</sup> Crim., Urt. v. 24.06.1987, Nr. 87-82.333, Bull. crim. Nr. 267; Garé/Ginestet, Droit pénal – Procédure pénale, Dalloz, Paris, 2016, S. 280; Guéry/Chambon, Droit et Pratique de l'instruction préparatoire, Dalloz, Paris, 2017, S. 833.

<sup>1013</sup> Crim., Urt. v. 23.05.1995, Nr. 94-81.141, Bull. crim. Nr. 193; Crim., Urt. v. 13.10.1982, Nr. 81-92.708, Bull. crim. Nr. 218 - legifrance; Rayne, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Perquisition-saisie-visite domiciliaire, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2017, Rn. 63; Roussel, La perquisition : de la recherche de preuves à la recherche d'unité, AJ Pénal, 2016, S. 237.

<sup>1014</sup> Crim., Urt. v. 31.05.1994, Nr. 94-81.199, Bull. crim. Nr. 213 (Wohnung); Crim., Urt. v. 20.11.1984, Nr. 84-91.829, Bull. crim. Nr. 355 (Boot) - legifrance.

<sup>1015</sup> Crim., Urt. v. 18.10.2006, Nr. 06-85.823, inédit - legifrance.

<sup>1016</sup> Crim., Urt. v. 18.10.1989, Nr. 89-80462, inédit – legifrance.



examen“ bei der Durchsuchung anwesend sein muss. Allein der Umstand, dass sich jemand in Polizeigewahrsam oder U-Haft befindet, vermag die Durchführung in Abwesenheit der betroffenen Person nicht zu rechtfertigen<sup>1017</sup>. Die Anwesenheit muss unmöglich sein, so zum Beispiel, wenn die Person flüchtig ist<sup>1018</sup>. Erst dann kann auf die Zeugenregelung des Art. 57 Abs. 2 CPP zurückgegriffen werden. Geschieht dies vorschnell, führt dies zur Nichtigkeit der Maßnahme, s. Art. 59 Abs. 2 CPP<sup>1019</sup>. Im Falle der Durchsuchung von Geschäftsräumen einer Gesellschaft hat eine die Gesellschaft vertretende Person anwesend zu sein. Der Durchsuchung der persönlichen Büroräume muss der Geschäftsführer beiwohnen<sup>1020</sup>.

Art. 96 CPP regelt die Wohnungsdurchsuchung bei einer anderen Person als der Person „mise en examen“, mithin bei einem unbeteiligten Dritten als auch einem „témoin assisté“. Der betroffene Wohnungsinhaber kann an der Durchsuchung teilnehmen (Abs. 1 S. 1). Wenn sie nicht anwesend ist, wird sie entweder durch Eltern oder Verwandte, oder, wenn dies nicht möglich ist, von zwei Zeugen vertreten (Abs. 1 S. 2)<sup>1021</sup>. Eine Anwesenheitspflicht wie im Rahmen von Art. 95 CPP gilt mangels Verweises auf Art. 57 Abs. 1 CPP nicht.

Gemäß Art. 57 Abs. 3 CPP, auf den sowohl Art. 95 als auch Art. 96 CPP verweisen, ist das Protokoll gem. Art. 66 CPP anzufertigen, d.h. vor Ort („sur le champ“) und durch den Durchsuchenden auf jeder Seite beschriftet. Es stellt keinen Nichtigkeitsgrund dar, wenn das Protokoll nicht vor Ort angefertigt wurde, außer die Rechte der Verteidigung oder eines Berufsheimnisträgers wurden dadurch verletzt<sup>1022</sup>. Des Weiteren hat auch die Person „mise en examen“, die bei der Durchsuchung anwesend ist, ansonsten die möglichen Vertreter gem. Art. 57 Abs. 2 CPP, das Protokoll zu unterzeichnen. Falls die Person „mise en examen“

---

<sup>1017</sup> Crim., Urt. v. 23.02.1988, Nr. 87-90.117, Bull. crim. Nr. 91; Crim., Urt. v. 27.09.1984, Nr. 84-93.474, Bull. crim. Nr. 275 - dalloz.

<sup>1018</sup> Van Ruymbeken, *Le juge d'instruction*, PUF, Paris, 2016, S. 76.

<sup>1019</sup> Crim., Urt. v. 27.09.1984, Nr. 84-93.474, Bull. crim. Nr. 275 – dalloz.

<sup>1020</sup> Crim., Urt. v. 10.05.2000, Nr. 99-81.813, inédit – dalloz.

<sup>1021</sup> Van Ruymbeken, *Le juge d'instruction*, PUF, Paris, 2016, S. 76.

<sup>1022</sup> Crim., Urt. v. 08.10.1985, Nr. 84-95.606, Bull. crim. Nr. 301 - legifrance.

die Unterschrift verweigert, muss dies zum Nachweis im Protokoll vermerkt werden, s. Art. 57 Abs. 3 S. 2 CPP.

#### eee) Schutz von Berufsheimnisträgern

Die französische Strafprozessordnung sieht besondere Schutzvorschriften für Berufsheimnisträger in Art. 56 Abs. 3 CPP sowie Artt. 56-1 ff. CPP vor. Es handelt sich hierbei zwar um Vorschriften einer „enquête de flagrante“, jedoch enthält Art. 95 CPP einen Verweis auf Art. 57 CPP, der wiederum auf Art. 56 Abs. 3 sowie Artt. 56-1 ff. CPP verweist. Im Rahmen einer Wohnungsdurchsuchung bei einem Dritten sind die Art. 56 CPP und Artt. 56-1 ff. CPP unmittelbar über Art. 96 Abs. 4 CPP<sup>1023</sup> anwendbar.

Zunächst fordern Art. 56 Abs. 3 und Art. 96 Abs. 3 CPP die Ermittlungsbehörden generell auf im Vorfeld einer Wohnungsdurchsuchung Vorkehrungen zur Wahrung von Berufsheimnissen und der Rechte der Verteidigung zu treffen. Sodann enthalten die Artt. 56-1 ff. CPP besondere Verfahrensvorschriften bezüglich Durchsuchungen, die in einem engen Zusammenhang mit einem Berufsheimnisträger stehen. Im Umkehrschluss ergibt sich daraus, dass eine Durchsuchung bei einem Berufsheimnisträger grundsätzlich möglich ist. Dies hat auch der französische Kassationsgerichtshof bestätigt<sup>1024</sup>. Der Untersuchungsrichter kann damit Wohnungsdurchsuchungen bei Berufsheimnisträgern anordnen, wenn diese zur Wahrheitsermittlung unerlässlich sind<sup>1025</sup>.

Wiederum ist darauf hinzuweisen, dass auch der EGMR deutlich gemacht hat, dass im Falle von Durchsuchungen bei Berufsheimnisträger hohe Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme gestellt werden<sup>1026</sup>, dies gilt ebenso für den Umfang der

---

<sup>1023</sup> Diese Vorschrift wurde von dem französischen „Conseil Constitutionnel“ für mit der Verfassung vereinbar erklärt, s. Cons. const., QPC v. 04.12.2015, Nr. 2015-506, JORF, Nr. 0283 v. 06.12.2015, S. 22502, Text Nr. 35.

<sup>1024</sup> Crim., Urt. v. 17.12.2002, Nr. 02-83.679, Bull. crim. Nr. 231; Crim., Urt. v. 08.06.1966, Nr. 66-90.067, Bull. crim. Nr. 167 – dalloz.

<sup>1025</sup> Crim., Urt. v. 17.12.2002, Nr. 02-83.679, Bull. crim. Nr. 231; Crim., Urt. v. 08.06.1966, Nr. 66-90.067, Bull. crim. Nr. 167 – dalloz.

<sup>1026</sup> EGMR, Urt. v. 25.02.1993, Serie A, Nr. 256-B, Crémieux c/ Frankreich - hudoc; EGMR, Urt. v. 16.12.1992, Nr. 13710/88, Niemietz c/ Deutschland, EuGRZ 1993, 65, Z. 30 ff.; Cuyzen/Holzapfel/Kennes, La preuve en matière pénale, Larcier, Bruxelles, 2015, S. 402.

Durchsuchung<sup>1027</sup>. Zudem müssen zusätzliche Garantien vorgesehen werden, um Berufsheimnisträger zu schützen, so z.B. durch eine richterliche Prüfung der Anordnung *a priori*<sup>1028</sup> oder die Anwesenheit eines Richters oder Staatsanwalts während der Durchsuchung<sup>1029</sup>, beziehungsweise einer richterlichen Überprüfung der Maßnahme *a posteriori*<sup>1030</sup>.

Zu prüfen ist nun, welche Berufsheimnisträger von den Artt. 56-1 bis 56-5 CPP besonders geschützt werden.

#### Art. 56-1 CPP

*„Les perquisitions dans le cabinet d’un avocat ou à son domicile ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué, à la suite d’une décision écrite et motivée prise par ce magistrat, qui indique la nature de l’infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l’objet de celle-ci. Le contenu de cette décision est porté dès le début de la perquisition à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué par le magistrat. Celui-ci et le bâtonnier ou son délégué ont seuls le droit de consulter ou de prendre connaissance des documents ou des objets se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie. Aucune saisie ne peut concerner des documents ou des objets relatifs à d’autres infractions que celles mentionnées dans la décision précitée. Les dispositions du présent alinéa sont édictées à peine de nullité.*

*Le magistrat qui effectue la perquisition veille à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d’avocat. (...)“*

Die Kanzlei und Wohnung eines Anwalts sowie die Räumlichkeiten einer Rechtsanwaltskammer oder eines anwaltlichen Versorgungswerks fallen unter den Schutz des

---

<sup>1027</sup> EGMR, Urt. v. 27.09.2005, Nr. 50882/99, Petri Sallinen u.a. c/ Finnland - hudoc.

<sup>1028</sup> EGMR, Urt. v. 25.0.1993, Serie A, Nr. 256-A - Funke c/ Frankreich; EGMR, Urt. v. 30.03.1989, Serie A Nr. 152-A, Chappell c/ Vereinigtes Königreich - hudoc.

<sup>1029</sup> EGMR, Urt. v. 21.01.2010, Nr. 43757/05, Xavier da Silveira c/ Frankreich - hudoc; EGMR, Urt. v. 24.07.2008, Nr. 18603/03, André u.a. c/ Frankreich - hudoc.

<sup>1030</sup> EGMR, Urt. v. 16.10.2007, Nr. 74336/01, Wieser und Bicos Beteiligungen GmbH c/ Österreich - hudoc; EGMR, Urt. v. 07.06.2007, Nr. 71326/01, Smirnov c/ Russland - hudoc.

Art. 56-1 CPP. Solche Durchsuchungen müssen schriftlich angeordnet und in der Anordnung der Zweck der Maßnahme begründet werden. Die Durchsuchung ist nur zulässig, wenn entweder ein Verdacht dahingehend besteht, dass der Verdächtige bei seinem Anwalt Unterlagen hinterlegt hat, die zur Erforschung der Wahrheit notwendig sind oder wenn der Anwalt selbst verdächtig ist eine Straftat begangen zu haben<sup>1031</sup>. Diese schriftliche und begründete Anordnung muss vor der Vollstreckung der Maßnahme dem „bâtonnier“, d.h. dem Vorsitzenden der Rechtsanwaltskammer, dessen Mitglied von der Durchsuchung betroffen ist, oder dessen Vertreter ausgehändigt werden<sup>1032</sup>.

Die Durchsuchung muss von einem „magistrat“ (also entweder einem Staatsanwalt oder einem Untersuchungsrichter<sup>1033</sup>) vollstreckt werden. Dies ist in der Praxis oftmals ein „juge d’instruction“<sup>1034</sup>. Es besteht während der Durchsuchung zudem eine Anwesenheitspflicht des „bâtonnier“. Wird eine dieser Vorschriften hinsichtlich der Anforderung an die Anordnung beziehungsweise Vollstreckung einer solchen Durchsuchung verletzt, ist die Maßnahme nichtig, s. Art. 56-1 Abs. 1 S. 5 CPP. Diese Schutzvorschrift gilt auch für ausländische Anwälte, die in Frankreich tätig sind<sup>1035</sup>.

Die Artt. 56-2 bis 56-5 CPP decken sich überwiegend mit der Vorschrift des Art. 56-1 CPP.

#### *Art. 56-2 CPP*

Art. 56-2 Abs. 1 CPP schützt die Räumlichkeiten eines Presseunternehmens, einer Werbeagentur (auch wenn diese online tätig ist), einer Presseagentur, die dazugehörigen Dienstwagen sowie die Wohnung eines Journalisten. Wenn die in Verdacht stehende Straftat mit der Tätigkeit dieser Unternehmen, Agenturen oder des Journalisten in Zusammenhang stehen, können die Durchsuchungen dieser Örtlichkeiten wiederum nur durch einen „magistrat“ vorgenommen werden. Dieser soll insbesondere auf die Wahrung der Presse- und Meinungsfreiheit achten, s. Art. 56-2 Abs. 5 CPP. Hinsichtlich der Vollstreckung einer solchen

---

<sup>1031</sup> Van Ruymbeken, *Le juge d’instruction*, PUF, Paris, 2016, S. 76.

<sup>1032</sup> Crim., Urt. v. 09.02.2016, Nr. 15-85.063, Bull. crim. Nr. 34, D., 2016, S. 427- legifrance.

<sup>1033</sup> Van Ruymbeken, *Le juge d’instruction*, PUF, Paris, 2016, S. 77.

<sup>1034</sup> Garé/Ginestet, *Droit pénal – Procédure pénale*, Dalloz, Paris, 2016, S. 280.

<sup>1035</sup> EGMR, Urt. v. 21.01.2010, Nr. 43757/05, *Da Silveira c/ Frankreich* – hudoc.

Durchsuchung gelten im Übrigen die gleichen Voraussetzungen, wie im Rahmen von Art. 56-1 CPP.

Auch der EGMR forderte die Mitgliedstaaten dazu auf im Rahmen solcher Durchsuchungen die Bedeutung der Presse- und Meinungsfreiheit in der Verhältnismäßigkeitsabwägung besonders zu berücksichtigen<sup>1036</sup>. So kann eine Durchsuchung, die erst einige Monate nach der Veröffentlichung eines Artikels erfolgt, unverhältnismäßig sein, wenn sie nur die Quellen des Journalisten aufdecken soll und nicht der Ermittlung gegen den beschuldigten Journalisten dient. Frankreich wurde aufgrund der unverhältnismäßigen Anordnung solcher Durchsuchungen und der damit einhergehenden Verletzung des Art. 10 EMRK verurteilt<sup>1037</sup>. Nun fordert die französische Rechtsprechung, dass solche Durchsuchungen nur im Falle eines starken öffentlichen Interesses angeordnet werden<sup>1038</sup>. Es darf zudem kein milderer Mittel zur Erhebung der Beweise zur Verfügung stehen<sup>1039</sup>.

#### *Art. 56-3 CPP*

Art. 56-3 CPP schützt Arztpraxen, Notarkanzleien, sowie Kanzleien eines „avoué“ (es handelt sich dabei um Anwälte, die vor der „Cour d’appel“, dem französischen Berufungsgericht, auftreten dürfen) und eines Gerichtsvollziehers. Die Durchsuchung muss ebenfalls durch einen „magistrat“ und in Anwesenheit des Präsidenten der Kammer oder der Berufsorganisation/-

---

<sup>1036</sup> EGMR, Urt. v. 28.06.2012, Nr. 15054/07, 15066/07, Ressiot u.a. c/ Frankreich - hudoc.

<sup>1037</sup> EGMR, Urt. v. 28.06.2012, Nr. 15054/07, 15066/07, Ressiot u.a. c/ Frankreich – hudoc.

<sup>1038</sup> Crim., Urt. v. 25.02.2014, Nr. 13-84761, Bull. crim. Nr. 54, AJ Pénal, 2014, S. 433, obs. Lasserre Capdeville; RSC, 2014, S. 369, obs. Salvat; Crim., Urt. v. 14.03.2013, Nr. 11-86626, Bull. crim. Nr. 106 – legifrance. In beiden Fällen wurde eine Maßnahme nach einer besonderen Verhältnismäßigkeitsprüfung mit Blick auf Art. 10 EMRK als unverhältnismäßig befunden.

<sup>1039</sup> Crim., Urt. v. 25.02.2014, Nr. 13-84761, Bull. crim. Nr. 54, AJ Pénal, 2014, S. 433, obs. Lasserre Capdeville; RSC, 2014, S. 369, obs. Salvat; Crim., Urt. v. 14.03.2013, Nr. 11-86626, Bull. crim. Nr. 106 – legifrance.

einheit („ordre“/„organisation professionnelle“), bei der der Betroffene Mitglied ist, oder dessen Vertreter vorgenommen werden.

#### *Art. 56-4 CPP*

Art. 56-4 CPP schützt nationale Staatsgeheimnisse und sieht aus diesem Grund besondere Schutzmechanismen während einer Durchsuchung und Beschlagnahme vor.

#### *Art. 56-5 CPP*

Zu guter Letzt befasst sich Art. 56-5 CPP mit der Durchsuchung von Gerichtsgebäuden und der Wohnung eines Richters. Diese Durchsuchungen dürfen nur durch einen „magistrat“ in Anwesenheit des Präsidenten des französischen Berufungsgerichts („Cour d’appel“) oder Kassationsgerichts („Cour de cassation“) durchgeführt werden.

Wenn gegen die Vorschriften aus Artt. 56-1 bis 56-6 CPP verstoßen wird, ist die Maßnahme nichtig, s. Art. 59 Abs. 2 CPP.

#### fff) Uhrzeiten der Durchsuchung

Artt. 95 und 96 CPP verweisen auf Art. 59 CPP, der die zulässigen Uhrzeiten einer Durchsuchung regelt<sup>1040</sup>. Demnach dürfen Durchsuchungen nicht vor 6 Uhr und nicht nach 21 Uhr beginnen, außer der Zugriff wird von einer Person, die sich in der Wohnung befindet, erbeten oder das Gesetz Ausnahmen vorsieht. Wenn gegen die Uhrzeitenregelung verstoßen wurde, ist die Maßnahme nichtig (Abs. 2).

---

<sup>1040</sup> Auf Spezialvorschriften z.B. im Arbeitsrecht, Art. L8271-13 Code travail, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden.

bb) Beschlagnahme im Rahmen einer „information“

aaa) Anordnung und Vollstreckung

Unter einer Beschlagnahme versteht man: „*Tous objets ou documents susceptibles de servir à la manifestation de la vérité, ou pouvant faire l'objet de confiscation, peuvent être saisis par le juge d'instruction ou son mandataire.*“ (s.a Art 94 CPP).

Eine Beschlagnahme dient demnach dem Zweck Objekte und Dokumente, die der Ermittlung der Wahrheit dienlich sein können, zu sichern. Die Ermächtigungsgrundlage findet sich wiederum in der Generalermächtigungsklausel des Art. 81 Abs. 1 S. 1 CPP.

Die zusätzlichen Vollstreckungsvoraussetzungen finden sich in Art. 97 CPP<sup>1041</sup>. Demnach muss die Beschlagnahme stets verhältnismäßig sein (Abs. 2). Des Weiteren dürfen Beweismittel vor der eigentlichen Beschlagnahme allein durch den Untersuchungsrichter beziehungsweise einen OPJ gesichtet werden (Abs. 2). Die beschlagnahmten Gegenstände müssen in ein Inventar aufgenommen und versiegelt werden („*placé sous scellés*“) (Abs. 3).

Zudem besteht auch die Möglichkeit, dass gewisse Gegenstände verschlossen versiegelt werden („*placé sous scellé fermé*“). So schreiben die Artt. 56-1 ff. CPP, die dem Schutz von Berufsgeheimnisträgern dienen, die verschlossene Versiegelung vor, wenn eine berechtigte Person (bspw. der „*bâtonnier*“ im Rahmen einer Kanzleidurchsuchung, s. Art. 56-1 Abs. 3 CPP) im Laufe der Vollstreckung eine Beschlagnahme für unzulässig („*irrégulier*“) befindet und sich dieser widersetzt. In Folge wird dem JLD das Objekt zur Entscheidung über die Zulässigkeit der Beschlagnahme vorgelegt. Hierfür hat der JLD fünf Tage Zeit (für das Verfahren s. Art. 56-1 Abs. 4 – 6 CPP). Wenn der JLD die Zulässigkeit der Maßnahme bejaht, wird das Siegel aufgehoben. Bei diesem Vorgang muss die Person „*mise en examen*“ und dessen Verteidiger anwesend sein (Art. 97 Abs. 4 CPP). Falls eine Siegelöffnung in Abwesenheit der Person „*mise en examen*“ und ihres Anwalts stattgefunden hat, führt dies zur Nichtigkeit des Siegelöffnungsprotokolls, wenn damit eine Verletzung der Beschuldigtenrechte einhergeht<sup>1042</sup>.

---

<sup>1041</sup> Roussel, La perquisition: de la recherché de preuves à la recherche de l'unité, AJ Pénal, 2016, S. 237.

<sup>1042</sup> Crim., Urt. v. 11.10.2000, Nr. 00-82.238, inédit – lamyline.

Ein Dritter, der von der Beschlagnahme betroffen ist, darf an der Öffnung des Siegels teilnehmen (Art. 97 Abs. 4 CPP).

bbb) Beschlagnahme bei einem Berufsheimnisträger

Der CPP kennt kein, dem § 97 StPO vergleichbares, Beschlagnahmeverbot<sup>1043</sup>. Eine Beschlagnahme unterliegt dennoch gewissen Schranken. Es dürfen zunächst keine Gegenstände beschlagnahmt werden, die im Zusammenhang mit einer anderen, als der in der schriftlichen Beschlagnahmeanordnung angeführten, Straftat stehen. Des Weiteren können sich die anwesenheitsberechtigten Personen (s. Art. 56 Abs. 3, Artt. 56-1 ff. sowie Art. 96 Abs. 3 CPP) einer Beschlagnahme widersetzen. Solche Widersprüche führen zu einer Überprüfung der Zulässigkeit der Beschlagnahme durch einen JLD.

Das Gesetz regelt jedoch nicht, wann eine Beschlagnahme unzulässig ist. Die Vorschriften der Artt. 56-1 ff. CPP fordern die Ermittlungsbehörden generell dazu auf die Rechte der betroffenen Berufsheimnisträger während der Vollstreckung der Maßnahme zu achten (s. bspw. Art. 56-1 Abs. 2 CPP: „*Le magistrat qui effectue la perquisition veille à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat.*“). Gleichzeitig sind die Strafverfolgungsbehörden aufgerufen alle Unterlagen zu beschlagnahmen, die zur Aufklärung der Straftat und damit der Wahrheitsermittlung dienlich sind.

Die Rechtsprechung entscheidet je nach Einzelfall, wann eine Beschlagnahme unzulässig („irrégulier“) ist<sup>1044</sup>. Eine Beschlagnahme ist unzulässig, wenn sie die Berufsfreiheit des Berufsheimnisträgers beeinträchtigt, das Berufsheimnis oder die Rechte der Verteidigung

---

<sup>1043</sup> Crim., Urt. v. 25.02.2014, Nr. 13-84.761, Bull. crim. 54 (Beschlagnahme in der Wohnung eines Journalisten); Crim., Urt. v. 30.10.2006, Nr. 2006-035866, Bull. crim. Nr. 258 (Beschlagnahme bei einem Journalisten); Crim., Urt. v. 17.12.2002, Nr. 2002-017216, Bull. crim. Nr. 231 (Beschlagnahme bei einem Geistlichen bezüglich Missbrauchsvorwürfe); mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen Valat, *JurisClasseur Procédure pénale, Audition des témoins*, LexisNexis, Paris, 2016, Fac. 20, Rn 49; Guéry/Chambon, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, Dalloz, Paris, 2017, S. 854, 855.

<sup>1044</sup> Crim., Urt. v. 25.02.2014, Nr. 13-84.761, Bull. crim. Nr. 54 (Beschlagnahme in der Wohnung eines Journalisten); Crim., Urt. v. 30.10.2006, Nr. 2006-035866, Bull. crim. Nr. 258 (Beschlagnahme bei einem Journalisten); Crim., Urt. v. 17.12.2002, Nr. 2002-017216, Bull. crim. Nr. 231 (Beschlagnahme bei einem Geistlichen bezüglich Missbrauchsvorwürfe); mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen Valat, *JurisClasseur Procédure pénale, Audition des témoins*, LexisNexis, Paris, 2016, Fac. 20, Rn 49.



verletzt und nicht der Wahrheitsermittlung im konkreten Einzelfall dient<sup>1045</sup>.

Einem besonderen Schutz unterliegen die Kanzlei sowie die Wohnung eines Anwalts, da die Rechte der Verteidigung („liberté de défense“) gewahrt werden müssen<sup>1046</sup>. Es gilt mithin ein absolutes Beschlagnahmeverbot für Schreiben eines Verteidigers mit dem Beschuldigten<sup>1047</sup>. Dieses gilt auch bei einer Durchsuchung der Wohnräume des Beschuldigten<sup>1048</sup>. Das Beschlagnahmeverbot gilt jedoch nicht, wenn die Schreiben zwischen Verteidiger und dem Beschuldigten gerade das Hauptmerkmal der Straftat oder deren notwendiges Instrument darstellen<sup>1049</sup>. Dies gilt auch, wenn die Schreiben gerade dazu dienen den Anwalt als Verdächtigen zu überführen<sup>1050</sup>. Im Prinzip gilt wiederum, dass das Berufsgeheimnis allein einer Beschlagnahme nicht entgegensteht, insbesondere nicht wenn der Anwalt selbst unter Verdacht steht<sup>1051</sup>.

In diesem Zusammenhang ist auch auf den immer bedeutender werdenden Problembereich der sog. „internal investigations“ (frz.: „enquête interne“) hinzuweisen. In Frankreich gilt insoweit, dass Unterlagen, die von einem Anwalt bei einer internen Untersuchung erstellt oder erhoben wurden, von dem Berufsgeheimnis, das zwischen dem Anwalt und der Person/dem Unternehmen (in diesem Fall können alle Mitarbeiter des Unternehmens sich auf das

---

<sup>1045</sup> Crim., Urt. v. 25.06.2013, Nr. 12-88.021, Bull. crim. Nr. 155, AJ Pénal, 2013, S. 539, obs. Belfanti; Guéry, Droit et pratique de l’instruction préparatoire, Dalloz, Paris, 2015, Rn 542.32; Saas, Perquisition chez un avocat : ne jouons pas sur les mots, AJ Pénal, 2007, S. 492, Anmkg. zu Crim., Urt. v. 08.08.2007, Nr. 07-84.252.

<sup>1046</sup> Crim., Urt. v. 14.01.2003, Nr. 02-87.062, Bull. crim. Nr. 6 – legifrance.

<sup>1047</sup> Crim., Urt. v. 13.12.2006, Nr. 2006-036852, Bull. crim. Nr. 313 - legifrance: « *Le pouvoir reconnu à l’OPJ ou au juge d’instruction de saisir tout document utile à la manifestation de la vérité trouve sa limite dans le principe de la libre défense qui commande de respecter la confidentialité des correspondances échangées entre un client et son avocat : un policier lors d’une perquisition au domicile d’un prévenu, ne peut donc saisir un courrier de l’avocat à son client ni le brouillon de la réponse à ce courrier, fût-ce un courrier ayant trait à l’exécution d’une condamnation pénale, en l’espèce un suivi socio-judiciaire, prononcée dans une instance distincte* »; Crim., Urt. v. 07.03.1994, Nr. 93-84.931, Bull. crim. Nr. 87, RSC 1994. 576, obs. Marin; Crim., Urt. v. 20.01.1993, Nr. 92.85.548, Bull. crim. Nr. 29 – dalloz; Pradel, Droit pénal européen, Dalloz, Paris, 2016, S. 299.

<sup>1048</sup> Crim., Urt. v. 13.12.2006, Nr. 06-87.169, Bull. crim. Nr. 313 - legifrance.

<sup>1049</sup> Crim., Urt. v. 09.02.1988, Nr. 87-82.061, Bull. crim. Nr. 63 – dalloz.

<sup>1050</sup> Garé/Ginestet, Droit pénal – Procédure pénale, Dalloz, Paris, 2016, S. 281.

<sup>1051</sup> Crim., Urt. v. 01.03.2006, Nr. 2006-032779, Bull. crim. Nr. 60; Crim., Urt. v. 18.06.2003, Nr. 2003-019803, Bull. crim. Nr. 129; Crim., Urt. v. 14.11.2001, Nr. 2001-012110, Bull. crim. Nr. 238; Crim., Urt. v. 27.06.2001, Nr. 2001-010501, Bull. crim. Nr. 163; s. zu den Rechtsprechungsnachweisen Valat, JurisClasseur Procédure pénale, Audition des témoins, LexisNexis, Paris, 2016, Fac. 20, Rn 49.

Berufsgeheimnis berufen<sup>1052</sup>), das den Anwalt beauftragt hat, besteht, erfasst wird. Dies gilt insbesondere, wenn die Unterlagen der Verteidigung dienen<sup>1053</sup>. Daher sind Beschlagnahmen solcher Unterlagen unzulässig<sup>1054</sup>.

#### ccc) Zufallsfunde

Falls Gegenstände aufgefunden werden, die den Verdacht auf die Begehung einer anderen als der in der Anordnung genannten Straftat begründet, dürfen diese nur erhoben werden, wenn die Voraussetzungen eines „crime flagrant“ oder „délit flagrant“ vorliegen (Artt. 56, 57 CPP), wobei das in Verdacht stehende Vergehen mit einer Freiheitsstrafe belegt sein muss oder die betroffene Person muss gem. Art. 76 Abs. 1 CPP ihr Einverständnis mit der Beschlagnahme erklärt haben („saisie incidente“). Bei dem Auffinden von Zufallsfunden muss der ermittelnde Polizist den Untersuchungsrichter und ggf. auch den Staatsanwalt über den Fund informieren, um das weitere Vorgehen, insbesondere die Eröffnung eines neuen Verfahrens, zu ermöglichen<sup>1055</sup>.

#### cc) Rechtsschutzmöglichkeiten im Rahmen einer „information“

Die „information“ stellt (anders als die „enquête“) ein offizielles gerichtliches Verfahren dar („enquête judiciaire“). Wie oben gesehen unterscheidet man in diesem Verfahrensstadium zwischen einem „acte d’information“ und einer „ordonnance“. Die gerichtlichen Beschlüsse kann man per Berufung angreifen. Die „actes d’information“ hingegen kann man über eine sog. „requête en nullité“ (sinngemäß „Antrag auf Nichtigkeit“) gem. Artt. 170 ff. CPP

---

<sup>1052</sup> Cour d’appel de Paris, Pôle 5, chambre 15, Urt. v. 08.11.2017, Nr. 14/13384, Whirlpool France c/ Autorité de la concurrence, obs. Mayoux, Secret des correspondances avocat/client : application aux courriels internes de l’entreprise, AJ Pénal, 2018, S. 49, 50.

<sup>1053</sup> Cour d’appel de Paris, Pôle 5, chambre 15, Urt. v. 08.11.2017, Nr. 14/13384, Whirlpool France c/ Autorité de la concurrence, obs. Mayoux, Secret des correspondances avocat/client : application aux courriels internes de l’entreprise, AJ Pénal, 2018, S. 49, 50.

<sup>1054</sup> Cour d’appel de Paris, Pôle 5, chambre 15, Urt. v. 08.11.2017, Nr. 14/13384, Whirlpool France c/ Autorité de la concurrence, obs. Mayoux, Secret des correspondances avocat/client : application aux courriels internes de l’entreprise, AJ Pénal, 2018, S. 49, 50; Daoud/Boyer, L’avocat chargé d’une enquête interne : enjeux déontologiques, AJ Pénal, 2017, S. 332.

<sup>1055</sup> Crim., Urt. v. 01.02.2012, Nr. Xxx, Bull. crim. Nr. 15 – dalloz; Van Ruymbeken, Le juge d’instruction, PUF, Paris, 2016, S. 75.

beanstanden<sup>1056</sup>. Hierfür ist die „Chambre de l’instruction“ (sinngemäß Kammer für Ermittlungsverfahren) zuständig. Der Antrag hat Aussicht auf Erfolg, wenn im Rahmen der Anordnung oder Vollstreckung entweder eine wesentliche Verfahrensvorschrift („formalité substantielle“) verletzt wurde oder gegen eine Vorschrift der Strafprozessordnung verstoßen wurde und damit ein ungerechtfertigter Eingriff in die Rechte des Antragstellers einherging, s. Art. 171 CPP.

Zudem enthält der CPP eine Generalvorschrift in Art. 802 CPP, die für das gesamte Strafverfahren gilt und auf deren Grundlage ebenfalls die Nichtigkeit einer Ermittlungsmaßnahme festgestellt werden kann. Die Nichtigkeit wird ausgesprochen, wenn entweder das Gesetz selbst die Verletzung einer Vorschrift mit einer Nichtigkeit belegt (sog. „nullité textuelle“, s. z.B. Art. 59 Abs. 2 CPP), oder aber wenn wiederum essentielle Verfahrensvorschriften („formalités substantielles“) verletzt wurden. Zudem muss der Antragssteller durch die Verletzung in eigenen Rechten verletzt worden sein.

Ein Eingriff in die Rechte des Beschuldigten wird verneint, wenn weder die Person „mise en examen“ noch ihr Verteidiger der Maßnahme im Laufe der Vollstreckung widersprechen<sup>1057</sup>.

dd) Durchsuchung im Rahmen einer „enquête“

Im Rahmen einer „enquête préliminaire“, die im unionsrechtlichen Rechtshilfeverkehr allein eine Rolle spielen wird, enthält Art. 76 CPP die Ermächtigungsgrundlage für Durchsuchungen<sup>1058</sup>. Es wird darin nicht zwischen Durchsuchungen und

---

<sup>1056</sup> Van Ruymbeke, *Le juge d’instruction*, PUF, Paris, 2016, S. 107 ff.; Satzger, in *200 Jahre Code d’instruction criminelle – Le Bicentenaire du Code d’instruction criminelle*, S. 101.

<sup>1057</sup> Crim., Urt. v. 06.11.2012, Nr. 12-83.766, Bull. crim. Nr. 238.

<sup>1058</sup> Art. 41 CPP, demnach der Staatsanwalt alle Maßnahmen zur Ermittlung der Wahrheit vornehmen kann, stellt keine hinreichende Ermächtigungsgrundlage dar. Anders als Art. 81 Abs. 1 S. 1 CPP sieht diese Vorschrift keine richterliche Kontrolle vor, so dass diese Generalermächtigungsklausel bei Zwangsmaßnahmen nicht herangezogen werden kann, s. auch die Entscheidungen zu der sog. „géolocalisation“, Crim., QPC v. 19.11.2013, Nr. 13-84.909, Bull. crim. Nr. 233; Crim., Urt. v. 22.10.2013, Bull. crim. Nr. 197.

Wohnungsdurchsuchungen unterschieden.

Eine Durchsuchung kann von einem OPJ oder von der Staatsanwaltschaft angeordnet werden. In diesen Fällen hängt die Vollstreckung der Maßnahme von der Zustimmung („assentiment“) des Betroffenen ab, s. Art. 76 Abs. 1 CPP. Die „enquête“ zeigt in dieser Vorschrift noch ihr klassisches Bild eines eingriffsschwachen, polizeilichen Vorverfahrens. An die Erteilung der Zustimmung sind strenge Formvorschriften geknüpft (handschriftliche Erklärung oder Vermerk im „procès-verbal“, s. Art. 76 Abs. 2 CPP). Werden diese Formvorschriften verletzt, gilt die Zustimmung als nicht erteilt und die Durchsuchung als rechtswidrig<sup>1059</sup>. Die Art und Weise der Vollstreckung richtet sich gem. Artt. 56, 59 CPP, s. Art. 76 Abs. 3 CPP.

Eine Durchsuchung kann auch ohne Zustimmung des Betroffenen, mithin als Zwangsmaßnahme angeordnet werden, wenn ein Vergehen mit einer Strafdrohung von mindestens 5 Jahren Anlass des Verfahrens ist, Art. 76-4 CPP. Im Falle des Verdachts auf ein Verbrechen ist eine „information“ zu eröffnen<sup>1060</sup>. Die Maßnahme muss dann auf Antrag der Staatsanwaltschaft von dem JLD bewilligt werden. Die Entscheidung des JLD muss schriftlich und begründet sein, sowie die in Verdacht stehende Straftat und die zu durchsuchenden Örtlichkeiten benennen, sonst ist die Maßnahme nichtig, s. Art. 76 Abs. 4 CPP. Der Richtervorbehalt des JLD sowie die Begründungspflicht dienen dem Schutz des Beschuldigten<sup>1061</sup>.

Im Übrigen gelten die Anwesenheitsrechte des Betroffenen und Vertretungsregeln aus Art. 57 Abs. 1, 2 CPP sowie die besonderen Schutzvorschriften der Artt. 56-1 ff. CPP, auch

---

<sup>1059</sup> Crim., Urt. v. 28.01.1987, Nr. 85-95.180, Bull. crim. Nr. 48 – dalloz.

<sup>1060</sup> Circulaire, Crim. 04-16 E8 du 21.09.2004, présentant les dispositions générales de procédure pénale de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité applicables à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2004 ([http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/circulaire21092004.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/circulaire21092004.pdf), Stand 18.03.2018).

<sup>1061</sup> Crim., Urt. v. 23.11.2016, Nr. 15-83.649 – legifrance, obs. Pradel, La motivation des décisions du juge des libertés et de la détention: vers une rigueur plus grande, La semaine juridique, LexisNexis, Paris, 2017, S. 82.

wenn Art. 76 Abs. 4 CPP nicht speziell darauf verweist<sup>1062</sup>. Insoweit kann auf die Ausführungen bezüglich der „information“ verwiesen werden.

ee) Beschlagnahme im Rahmen einer „enquête“

Die Beschlagnahme richtet sich ebenfalls gem. Art. 76 iVm Art. 56 CPP. Es gelten die oben genannten Voraussetzungen (Zustimmung, beziehungsweise Anordnung durch einen JLD). Es dürfen nur die Beweismittel beschlagnahmt werden, die der Wahrheitsermittlung dienlich sind. Hinsichtlich der Art und Weise der Beschlagnahme gelten dieselben Ausführungen, wie im Rahmen einer „information“. Die Gegenstände werden inventarisiert, versiegelt (s. Art. 56 CPP) und in gesetzlich besonders angeordneten Fällen verschlossen versiegelt und dem JLD zur Überprüfung vorgelegt (s. bspw. Art. 56-1 Abs. 3 CPP).

ff) Rechtsschutzmöglichkeiten im Rahmen einer „enquête“

Die „enquête“ gilt als polizeiliches Verfahren, das in gesetzlich geregelten Fällen gerichtliche Elemente enthält (s. bspw. Art. 76 Abs. 4 CPP). Jedoch handelt es sich im Gegensatz zu der „information“ nicht um ein offizielles gerichtliches Verfahren mit Verfahrensparteien. Aus diesem Grund wird den Betroffenen im Laufe einer „enquête“ ein Rechtsschutz gegen Zwangsmaßnahmen im Prinzip versagt<sup>1063</sup>.

Fraglich ist, ob dies auch hinsichtlich Entscheidungen des JLD gilt, wie sie zum Beispiel in Art. 76 Abs. 4 CPP vorgesehen sind. Die Entscheidungen durch eine Richterfigur könnten einem erweiterten Rechtsschutz unterliegen. Dem steht jedoch entgegen, dass das französische Gesetz keine Ermächtigungsgrundlage für einen solchen Rechtsschutz vergleichbar mit Art. 170 CPP kennt. Einem solchen Rechtsschutz wird zudem entgegengehalten, dass der JLD

---

<sup>1062</sup> Circulaire, Crim. 04-16 E8 du 21.09.2004, présentant les dispositions générales de procédure pénale de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité applicables à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2004, Rn 1.2.3 ([http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/circulaire21092004.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/circulaire21092004.pdf)) (Stand 18.03.2018); « *Pas de fondement textuel pour l'application à l'enquête préliminaire (l'art. 76 ne renvoie pas à l'art. 57), consensus doctrinal sur le sujet* » : Lorrain/Ingrain, Le rôle de l'avocat lors des perquisitions pénales à la lumière des développements récents, AJ Pénal, 2016, S. 249; Vlamynck, Le policier et le principe de l'inviolabilité du domicile, AJ Pénal, 2011, S. 352

<sup>1063</sup> Maréchal, Les droits de la défense durant l'enquête de police, A propos de l'avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, La Semaine Juridique, Edition G, LexisNexis, Paris, 2014, aperçu rapide 605; Satzger, in 200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le Bicentenaire du Code d'instruction criminelle, S. 99, 100.

nur auf Antrag eines Staatsanwaltes tätig werden kann. Im Umkehrschluss ergebe sich daraus, dass ein anderer als der Staatsanwalt, z.B. der Beschuldigte, den JLD nicht anrufen könne. Die „enquête“ stelle mithin kein kontradiktorisches Verfahren dar<sup>1064</sup>. Das französische Recht geht sogar teilweise noch weiter und spricht den Entscheidungen des JLD explizit den gerichtlichen Charakter („nature juridictionnelle“) ab<sup>1065</sup>. Während einer „enquête“ kommt nur ein Disziplinarverfahren gegen einen OPJ in Betracht, s. Art. 13 CPP. Die Zulässigkeit von Ermittlungsmaßnahmen kann erst im Rahmen einer „information“, falls eine solche im Anschluss eröffnet wird (Artt. 170 ff. CPP), oder der Hauptverhandlung überprüft werden, s. Art. 385 CPP.

Eine Ausnahme hat die Rechtsprechung jedoch anerkannt, wenn der Durchsuchungsbeschluss des JLD den Begründetheitserfordernissen aus Art. 76 Abs. 4 S. 2 CPP nicht gerecht wird, denn das Gesetz sehe eine ausdrückliche Nichtigkeit der Maßnahme vor, s. Art. 76 Abs. 4 S. 2 CPP<sup>1066</sup>. Der Rechtsschutz kann dann gem. Art. 802 CPP geltend gemacht werden.

Fraglich ist, ob diese fehlende Rechtsschutzmöglichkeit im Laufe einer „enquête“ eine Verletzung der EMRK darstellt. Dies verneint der EGMR, denn die Konvention schreibe nicht vor, dass ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren vollumfänglich gerichtlich überprüft können werden muss<sup>1067</sup>.

Im Zusammenhang mit der fehlenden Rechtsschutzmöglichkeit im Laufe einer „enquête préliminaire“ sei aber auf zwei Entscheidungen des „Conseil Constitutionnel“ aus dem Jahre 2014 hinzuweisen, die in strafrechtlichen Spezialmaterien, dem Arbeitsstrafrecht und dem Zollstrafrecht, ergangen sind. So entschied der „Conseil Constitutionnel“ am 21. März 2014,

---

<sup>1064</sup> Capdepon, Quelle place pour le suspect ? In Décima, La juridictionnalisation de l'enquête pénale, Cujas, Paris, 2015, S. 106, 107.

<sup>1065</sup> Décima, Prologomènes – Irrésistible Juridictionnalisation ? In Décima, La juridictionnalisation de l'enquête pénale, Cujas, Paris, 2015, S. 14 (Fn 29).

<sup>1066</sup> Mathon/Monnoyeur, La diversité des manifestations de juridictionnalisation, in Décima, La juridictionnalisation de l'enquête pénale, Cujas, Paris, 2015, S. 131.

<sup>1067</sup> EGMR, Urt. v. 06.09.1978, Nr. 5029/71, Klass c/ Deutschland - hudoc; Bonis-Garçon, La Cour européenne des droits de l'Homme et la juridictionnalisation de l'enquête, in Décima, La juridictionnalisation de l'enquête pénale, Cujas, Paris, 2015, S. 21.

dass die fehlende Rechtsschutzmöglichkeit gegen die Beschlagnahme von Booten durch Zollbehörden eine Verletzung des Art. 16 der Menschenrechtserklärung von 1789 („Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789“), das Recht auf einen effektiven Rechtsschutz, darstelle<sup>1068</sup>.

Mit Entscheidung vom 4. April 2014 entschied der „Conseil Constitutionnel“, dass die fehlende Rechtsschutzmöglichkeit gegen die Anordnung und Vollstreckung einer Durchsuchung, die am Arbeitsplatz stattgefunden hat, ebenfalls einen Verstoß gegen die Verfassung begründe<sup>1069</sup>. Der Rechtsschutz im Rahmen einer „information“, beziehungsweise der gerichtlichen Hauptverhandlung sei nicht ausreichend, denn der Betroffene wäre jeglichen Rechtsschutzes beraubt, wenn es zu einer Einstellung des Verfahrens komme. Dieser fehlende Rechtsschutz sei nicht mit der französischen Verfassung konform, auch wenn (wie im Falle der Durchsuchungen am Arbeitsplatz) ein Richter die Durchsuchung genehmigt hat.

Diese zwei Entscheidungen zeigen laut den französischen Literaturstimmen, dass der „Conseil Constitutionnel“ die Rechtsschutzmöglichkeiten in strafrechtlichen Vorverfahren zu stärken sucht<sup>1070</sup>. Dies ergebe sich auch aus einer weiteren Entscheidung des „Conseil Constitutionnel“ vom 11. April 2014, der sich mit der fehlenden Rechtsschutzmöglichkeit gegen die staatsanwaltliche Anordnung der Vernichtung von beschlagnahmten Gegenständen befasst<sup>1071</sup>. Die Stimmen in der Literatur werfen mit Blick auf diese Entscheidungen die Frage auf, ob nicht auch Art. 76 Abs. 4 CPP für nicht mit der Verfassung vereinbar erklärt werden sollte. Es wird zu beobachten, ob Art. 76 Abs. 4 CPP in

---

<sup>1068</sup> Cons. const., QPC et autres v. 21.03.2014, Nr. 2014-375, JORF v. 23.03.2014, S. 5737, Text Nr. 35.

<sup>1069</sup> Cons. const., QPC v. 04.04.2014, Nr. 2014-387, JORF v. 05.04.2014, S. 6480, Text Nr. 3.

<sup>1070</sup> Botton, Le rôle de Conseil constitutionnel dans le processus de juridictionnalisation de l’enquête pénale, in Décima, La juridictionnalisation de l’enquête pénale, Cujas, Paris, 2015, S. 63.

<sup>1071</sup> Cons. const., QPC v. 11.04.2014, Nr. 2014-390, JORF v. 13.04.2014, S. 6693, Text Nr. 14; Botton, Le rôle de Conseil Constitutionnel dans le processus de juridictionnalisation de l’enquête pénale, in Décima, La juridictionnalisation de l’enquête pénale, Cujas, Paris, 2015, S. 64.

Zukunft von dem „Conseil Constitutionnel“ für verfassungswidrig erklärt oder der Gesetzgeber die Entscheidungen zum Anlass nehmen wird, die Vorschrift zu ergänzen.

gg) „criminalité organisée“ und andere Sondervorschriften

aaa) Uhrzeiten

Die Sondervorschriften kennen Ausnahmen von der Nachtzeitenregelung des Art. 59 CPP. Nächtliche Durchsuchungen sind demnach erlaubt, wenn diese der Aufdeckung von Drogenkriminalität iSv Art. 706-26 CPP dient, s. Art. 706-28 CPP. Dies gilt auch bei Prostitutionstätigkeiten, s. Artt. 706-34, 706-35 CPP.

Im Falle der Bekämpfung der organisierten Kriminalität kann im Rahmen einer „enquête préliminaire“ nachts durchsucht werden, wenn es sich nicht um Wohnraum handelt, s. Art. 706-90 Abs. 1 CPP. Diese Maßnahme muss von dem JLD bewilligt werden. Jedoch ist auch eine nächtliche Wohnungsdurchsuchung erlaubt, wenn die Maßnahme dringend und erforderlich ist, um einen Angriff auf Leib oder Leben zu verhindern (es handelt sich um eine präventive Abwehrbefugnis), s. Art. 706-90 Abs. 2 CPP.

Im Rahmen einer „information“ dürfen nächtliche Durchsuchungen ebenfalls mit Ausnahme von Wohnraum vorgenommen werden, s. Art. 706-91 Abs. 1 CPP. Eine nächtliche Wohnungsdurchsuchung ist hingegen wiederum erlaubt, wenn sonst die Gefahr besteht, dass



Beweismittel untergehen oder wenn die Straftaten gerade begangen werden, bzw. ein Leben oder die Gesundheit eines Menschen in Gefahr ist (Abs. 2).

Wohnraumdurchsuchungen außerhalb der Nachtzeiten müssen besonders begründet werden, s. Art. 706-92 CPP<sup>1072</sup>.

#### bbb) Ausnahmen von Anwesenheitsregeln

Im Falle einer „information“ oder einer „enquête préliminaire“ gem. Art. 76 Abs. 4 CPP gelten in Ausnahme zu Art. 57 Abs. 1 und Art. 96 CPP vereinfachte Anwesenheitsregeln<sup>1073</sup>. Die Person, deren Wohnung durchsucht wird, muss nicht anwesend sein, wenn sie sich in U-Haft oder Polizeigewahrsam befindet und ein Transport zu den zu durchsuchenden Örtlichkeiten mit einem besonderen Risiko behaftet ist (Fluchtgefahr, etc.). Sie ist mit vorheriger Zustimmung des Staatsanwaltes, JLD oder Untersuchungsrichters durch zwei Zeugen oder einer von dem Betroffenen benannten Person zu vertreten, s. Art. 706-94 CPP.

#### c) Praktische Umsetzungsschwierigkeiten im deutsch-französischen Rechtshilfeverkehr

Es lässt sich feststellen, dass die Durchsuchung und Beschlagnahme sowohl in der deutschen als auch französischen Rechtsordnung dem Ziel der Erhebung und Sicherung von Beweismitteln dienen. Die Natur und Vollstreckung der Maßnahmen, sowie der Schutz der Privatsphäre des Betroffenen sind in den nationalen Vorschriften hingegen unterschiedlich ausgestaltet. Im Folgenden wird zu prüfen sein, ob sich daraus praktische Umsetzungsschwierigkeiten für den deutsch-französischen Rechtshilfeverkehr ergeben.

#### aa) Vollstreckung einer deutschen EEA in Frankreich

Im folgenden Abschnitt wird die Vollstreckung einer Durchsuchung und Beschlagnahme auf Grundlage einer deutschen EEA untersucht.

---

<sup>1072</sup> Crim., Urt. v. 21.06.2016, Nr. 16-80.126 P, AJ Pénal, 2016, S. 541, obs. Andrei.

<sup>1073</sup> Circulaire CRIM 04-13 G1 du 2 septembre 2004, présentant les dispositions relatives à la criminalité organisée de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, Bulletin officiel du ministère de la justice, Nr. 2004/95, S. 295-421.

### aaa) Anordnung

Die zuständige Anordnungsbehörde bestimmt sich nach den jeweiligen länderspezifischen Regelungen, wobei der Richtervorbehalt aus §§ 98, 105 StPO zu beachten ist, vgl. § 91a Abs. 4 iVm § 77 Abs. 1 IRG.

Die Anordnungsbehörde sollte in dem EEA-Formular zunächst den Umfang der gewünschten Maßnahme klären, denn in Frankreich unterfallen körperliche Untersuchungen („fouilles“) derselben Ermächtigungsgrundlage, wie eine Durchsuchung. In Deutschland hingegen stellen diese keine Durchsuchungen iSv §§ 102 ff. StPO dar und kennen eine eigene gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen. § 81a StPO. Nur das äußere Abtasten und die Überprüfung von Körperöffnungen können auf §§ 102, 103 StPO gestützt werden.

Des Weiteren muss die Anordnung den Voraussetzungen der §§ 94, 98 und §§ 102, 103 StPO, sowie den Grundsätzen der Rechtsprechung (bspw. Begründungspflicht) genügen, s. § 91a Abs. 4 iVm § 77 Abs. 1 IRG.

Die Anordnungsbehörde ist zudem durch § 97 StPO in ihrer Anordnungsbefugnis beschränkt (Verbot des „forum shopping“). Die französischen Behörden sollten zusätzlich in der EEA über den Umfang des Verbots gem. § 97 StPO informiert werden, um rechtswidrige Beschlagnahmungen zu vermeiden<sup>1074</sup>, worauf noch weiter unten einzugehen sein wird.

Der Betroffene kann die Rechtmäßigkeit der Anordnung in Deutschland gem. § 304 StPO (im Falle einer richterlichen Anordnung) oder § 98 Abs. 2 S. 2 StPO analog (im Falle einer staatsanwaltlichen/polizeilichen Anordnung) überprüfen lassen<sup>1075</sup>. Wiederum ist zweifelhaft, ob ein in Frankreich Betroffener ohne entsprechende Belehrung diesen Rechtsschutz effektiv geltend machen kann.

---

<sup>1074</sup> So auch Ahlbrecht, in Ahlbrecht/Böhm/Esser/Eckelmanns, Internationales Strafrecht, S. 489.

<sup>1075</sup> So auch der französische Kassationsgerichtshof (obwohl noch zu der alten Rechtslage), der einen Rechtsbehelf, der sich gegen die Begründetheit („bien-fondé“) eines ausländischen Ersuchens richtete, für zulässig befand, Crim., Urt. v. 30.10.1995, Nr. 94-83.842, Bull. crim. Nr. 332.

### bbb) Vollstreckungsbehörde

Fraglich ist, welche französische Behörde gem. Art. 694-30 CPP für die Vollstreckung zuständig ist.

Die Durchsuchung und die Beschlagnahme können sowohl im Rahmen einer „information“ (Artt. 92 ff. CPP), als auch einer „enquête“ (Artt. 56 ff., 76 CPP) angeordnet werden, so dass sich keine ausschließliche Zuständigkeit des „juge d’instruction“ aus Art. 694-30 Abs. 2 Alt. 1 CPP ergibt.

Demnach ist der „juge d’instruction“ nur dann zuständig, wenn die Maßnahme nach französischem Recht einer Zustimmung des JLD bedurft hätte, mithin bei der Anordnung einer Durchsuchung ohne Einholung der vorherigen Zustimmung des Betroffenen, s. Art. 76 Abs. 4 iVm Art. 694-30 Abs. 2 Alt. 2 CPP. Wenn die Straftat, die Anlass für die Anordnung einer solchen Durchsuchung im Ausland gegeben hat, keine Mindestfreiheitsstrafe iSv Art. 76 Abs. 4 CPP vorsieht, kommt ein Versagungsgrund gem. Art. 694-31 Abs. 1 Nr. 9 CPP in Betracht. Wenn die Anordnung der Durchsuchung unter den Vorbehalt einer vorherigen Zustimmung des Betroffenen gestellt wird, ist die Staatsanwaltschaft die zuständige Vollstreckungsbehörde, s. Art. 694-30 Abs. 3 CPP. Sie wäre auch zuständig, wenn die Durchsuchung als Eilmaßnahme im Falle einer „flagrance“ angeordnet werden würde (s. Art. 56 CPP; im Rahmen einer „enquête de flagrance“ kann eine Durchsuchung ebenfalls als Zwangsmaßnahme und ohne Zustimmung eines JLD angeordnet werden). In der deutsch-französischen Rechtshilfepraxis wird wohl überwiegend der „juge d’instruction“ das zuständige Vollstreckungsorgan sein, da die deutsche Behörde die Durchsuchung als Zwangsmaßnahme, ohne vorherige Zustimmung des Betroffenen und nicht als Eilmaßnahme in dem Sinne, anordnen wird.

### ccc) Bewilligung der Maßnahme - Anfangsverdacht

Der „juge d’instruction“ prüft, ob der Vollstreckung der EEA Bewilligungshindernisse iSv Art. 694-31 CPP entgegenstehen. Eine Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit entfällt, wenn Anlass der Maßnahme eine Katalogtat iSv Artt. 694-32, 694-33 CPP ist, s. Art. 694-31 Nr. 8 CPP.

Ein Bewilligungsproblem könnte sich aus der strukturellen Differenz der deutschen und französischen Rechtsordnung bezüglich der Zulässigkeit einer Durchsuchungsanordnung ergeben. Die deutsche Rechtsordnung stellt hinsichtlich der Anordnung einer Durchsuchung keine besonderen Anforderungen an die in Verdacht stehende Straftat. Die Anordnung wird insbesondere nicht von dem Vorliegen einer Katalogtat (wie bspw. im Rahmen von § 100a StPO) abhängig gemacht. Das französische Recht hingegen kennt je nach Verfahrensstadium verschiedene Ermächtigungsgrundlagen. Eine Durchsuchung kann im Rahmen einer „enquête préliminaire“ zwangsweise nur dann angeordnet werden, wenn die in Verdacht stehende Straftat eine Mindestfreiheitsstrafe von 5 Jahren vorsieht, s. Art. 76 Abs. 1, 4 CPP<sup>1076</sup>. Durchsuchungen im Rahmen einer „information“ hängen von der Eröffnung eines solchen Verfahrens ab, mithin dem Vorliegen des Verdachts auf ein Verbrechen oder eines schwerwiegenden bzw. komplexen Vergehens, s. Art. 81 CPP. Die französische Rechtsordnung macht die Anordnung einer Durchsuchung somit zwar nicht stets von dem Vorliegen einer Katalogtat abhängig, die in Verdacht stehende Straftat muss jedoch von einigem Gewicht sein. Fraglich ist daher, ob die Gefahr besteht, dass deutsche Behörden im Falle eines einfachen Vergehens eine Durchsuchung mittels EEA anordnen. In einem solchen Fall würde die französische Behörde prüfen, ob sie ein Bewilligungshindernis geltend machen kann.

Art. 694-31 CPP nF enthält entsprechend der RL einen Katalog mit neun Versagungsgründen. Allein die Vorschrift in Art. 694-31 Nr. 4 CPP wirft Fragen auf. Diese besagt, dass die Vollstreckung einer EEA versagt werden kann, wenn nach französischem Recht in einem vergleichbaren Fall eine Ermittlungsmaßnahme nicht vorgenommen werden dürfte und verweist auf Verfahren iSv Art. 694-17 Abs. 2 CPP. Dabei muss es sich jedoch um einen Redaktionsfehler handeln, da Art. 694-17 CPP aus nur einem Absatz besteht. Mit Blick auf die inhaltlich gleichlautende Vorschrift des Art. 11 Abs. 1 c) RL soll dies wohl nur Verfahren

---

<sup>1076</sup> Die Anordnung einer zwangsweisen Durchsuchung kommt zudem im Rahmen einer „enquête de flagrance“ in Betracht, s. Art. 56 CPP vorgesehen ist.

iSv Art. 4 b) und c) RL, mithin Verwaltungs- und Ordnungswidrigkeitsverfahren erfassen. Dieser Versagungsgrund könnte mithin nicht geltend gemacht werden.

Jedoch sieht Art. 694-31 Nr. 9 CPP vor, dass eine Vollstreckung versagt werden kann, wenn die Maßnahme nach nationalem Recht bei der in der EEA genannten Straftat nicht angeordnet werden dürfte. So heißt es:

*„Le magistrat saisi refuse de reconnaître ou d’exécuter une décision d’enquête européenne si la mesure demandée n’est pas autorisée par le présent code pour l’infraction motivant la décision d’enquête, sauf s’il s’agit d’une des mesures mentionnées à l’article 694-33.“*

Es sollen hier die nationalen Vorschriften geschützt werden, die bei besonderen Ermittlungsmaßnahmen einen Verdacht bezüglich Katalogtaten oder Straftaten mit Mindeststrafgrenzen verlangen. Fraglich ist, ob die französische Vollstreckungsbehörde Durchsuchungen im Falle einfacher Vergehen, wie dem eines Diebstahls iSv § 242 StGB (Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren), auf Grundlage des Art. 694-31 Nr. 9 CPP versagen könnte, denn ein einfacher Diebstahl (Art. 311-3 CP, max. drei Jahre Freiheitsentzug) rechtfertigt in Frankreich keine Durchsuchung. Dies würde aber bedeuten, dass die französischen Behörden die Qualität der in der EEA bezeichneten Straftat prüfen müssten. Diese inhaltliche Prüfung sollte mit Einführung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung beschränkt werden. Aus diesem Grund ist die Vorschrift aus Art. 694-31 Nr. 9 CPP restriktiv auszulegen und ein Versagungsgrund nur dann zu bejahen, wenn eine Zwangsmaßnahme hinsichtlich bestimmter Straftaten gesetzlich per se ausgeschlossen oder von dem Vorliegen bestimmter Katalogtaten abhängig ist. Dies ist in Bezug auf Durchsuchungen jedoch nicht der Fall.

Diesem Beispielfall könnte man zwar entgegenhalten, dass die Anordnung einer EEA bei dem Verdacht auf einen einfachen Diebstahl schon als unverhältnismäßig gelten und die deutschen Behörden in der Praxis somit nicht darauf zurückgreifen werden. Jedoch zeigt ein Urteil des französischen Kassationsgerichtshofs, dass deutsche Behörden auch einen EuHb im Zusammenhang eines einfachen Diebstahls ausgestellt haben<sup>1077</sup>. Die deutschen Behörden

---

<sup>1077</sup> Crim., Urt. v. 12.05.2010, Nr. 10-82.746, Bull. crim. Nr. 86, obs. Lasserre Capdeville, AJ Pénal, 2010, S. 408.

verlangten die Auslieferung zur Vollstreckung einer Freiheitsstrafe von 7 Monaten aufgrund des Diebstahls eines Geldbeutels, der 40 EUR enthielt. Die Vollstreckung des Haftbefehls wurde von den französischen Behörden aufgrund der Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme, unter besonderer Berücksichtigung von Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) versagt<sup>1078</sup>.

Tatsächlich kann dieser Fall zwar nicht mit der Vollstreckung einer EEA im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens gleichgestellt werden, da der EuHb der Vollstreckung einer in Deutschland bereits ausgesprochenen Strafe dient. Nichtsdestotrotz zeigt dieses Urteil, dass deutsche Behörden auch im Rahmen von einfachen Straftaten nicht vor eingriffsintensiven Maßnahmen wie einem EuHb zurückschrecken. Eine EEA, die eine Durchsuchung zur Verfolgung einer einfachen Straftat anordnet, läuft aber Gefahr von den französischen Vollstreckungsbehörden als unverhältnismäßig angesehen und aus diesem Grund nicht vollstreckt zu werden, s. Art. 694-31 Abs. 1 Nr. 7 CPP.

#### ddd) Vollstreckung der Durchsuchung - Anwesenheitsrechte

Wenn die französischen Behörden die EEA bewilligen, wird sie gemäß den besonderen Verfahrens- und Formvorschriften des Anordnungsstaates vollstreckt, vgl. Art. 694-36 CPP. Hinsichtlich der Vollstreckung einer Durchsuchung sieht die StPO jedoch keine zwingenden Verfahrensvorschriften vor. Es ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu wahren. Somit würde der „juge d’instruction“ die Vorschriften der „information“ (Artt. 92 ff. CPP) anwenden.

Diese sehen bestimmte Anwesenheitsrechte vor, beispielsweise der Person „mise en examen“, s. Art. 95 CPP. Diese Vorschrift wird voraussichtlich keine Rolle bei der Vollstreckung einer deutschen EEA spielen, da dem Verdächtigen von den französischen Behörden wohl keine Stellung als „mise en examen“ iSv Art. 95 CPP zugesprochen wird. Die Durchsuchung der Wohnung des Beschuldigten würde demnach gem. Art. 96 CPP ablaufen. So müsste die betroffene Person lediglich dazu eingeladen („inviter“) werden, an der Durchsuchung teilzunehmen. Ihre Abwesenheit steht einer Vollstreckung anders als im Rahmen des

---

<sup>1078</sup> Aubert, Droit de l’Union européenne-Application par les juridictions internes, RSC, 2011, S. 473.

Art. 95 CPP jedoch nicht entgegen. Es müssen dann aber die Stellvertretungsregeln aus Art. 96 Abs. 2 CPP beachtet werden.

Die Anwendung des Art. 95 CPP und folglich die Gleichstellung eines Beschuldigten als Person „mise en examen“ ist aber möglich, wie sich in dem Urteil des französischen Kassationsgerichtshofes vom 7. März 2000 zeigt, dem ein Verfahren aus dem Jahre 1998 zugrunde liegt und somit noch das Übereinkommen 1959 Anwendung fand<sup>1079</sup>. Im Rahmen einer Rechtshilfeleistung für das Ausland wurde eine Durchsuchung gem. Art. 95 CPP vollstreckt. Der Beschwerdeführer rügte diese Vollstreckung und machte geltend, dass die Durchsuchung seiner Zustimmung gem. Art. 76 Abs. 1 CPP bedurft hätte. Der Gerichtshof wies die Beschwerde ab, da eine Vollstreckung gem. Art. 95 CPP die Beschuldigtenrechte nicht verletze.

Wenn die französischen Behörden zur Vollstreckung einer EEA auf Art. 95 CPP zurückgreifen, dann sind auch die darin vorgesehenen Verfahrensvorschriften einzuhalten. Insbesondere muss der Betroffene im Prinzip an der Maßnahme teilnehmen, auch wenn er sich in Untersuchungshaft befindet oder sich im Ausland aufhält. Die französischen Behörden hätten darauf hinzuwirken, dass der Beschuldigte anwesend ist. Wenn gegen diese Anwesenheitspflicht verstoßen wird, führt dies allerdings nicht zur Unverwertbarkeit der Maßnahme in Deutschland, da das deutsche Recht eine Anwesenheitspflicht des Beschuldigten nicht kennt.

Dies gilt gleichermaßen, wenn die Vorschriften der „criminalité organisée“ zusätzlich Anwendung finden und auf die Anwesenheit des Beschuldigten entsprechend Art. 706-94 CPP verzichtet wird.

eee) Vollstreckung der Durchsuchung – Uhrzeit

Die französische Rechtsordnung unterscheidet sich hinsichtlich der Nachtzeiten von dem deutschen Strafverfahren. Im Sommer darf in Deutschland zwischen 4 Uhr morgens und 21 Uhr abends durchsucht werden, länger also als in Frankreich, dessen Rechtsordnung keine

---

<sup>1079</sup> Crim., Urt. v. 07.03.2000, Nr. 98-85.147, Bull. crim. Nr. 103 – legifrance.

Unterscheidung zwischen Sommer- und Winterzeit kennt und eine Durchsuchung grundsätzlich erst ab 6 Uhr morgens erlaubt. Wenn die deutschen Behörden eine Durchsuchung vor 6 Uhr anordnen, würden sich die französischen Behörden dem entsprechend Art. 694-36 CPP zum Schutze des Privatlebens des Betroffenen widersetzen können. Eine Ausnahme gilt, wenn die Sondervorschriften bezüglich der Bekämpfung der organisierten Kriminalität angewendet werden, s. Artt. 706-89 ff. CPP. Diese ermöglichen auch eine Durchsuchung vor 6 Uhr morgens. Eine Vollstreckung vor 4 Uhr morgens würde dabei jedoch im Widerspruch zu § 104 StPO stehen, der Nachtdurchsuchungen in privaten Räumen verbietet, außer es liegt Gefahr in Verzug oder eine Verfolgung auf frischer Tat oder eine Wiederergriffung eines Gefangenen vor. Die deutschen Behörden müssen daher auf den Umfang des nächtlichen Durchsuchungsverbots gem. § 104 StPO in der EEA hinweisen.

#### fff) Vollstreckung der Durchsuchung - Berufsheimnisträger

Zu prüfen ist, wie die rechtlich sensible Durchsuchung der Räumlichkeiten eines Berufsheimnisträgers ablaufen würde. Die deutschen Behörden würden auf das Beschlagnahmeverbot gem. § 97 StPO hinweisen (worauf noch weiter unten einzugehen sein wird). Darüber hinaus kennt das deutsche Verfahrensrecht hinsichtlich der Art und Weise der Vollstreckung keine zusätzlichen Vorschriften oder Beschränkungen.

Fraglich ist, ob die französischen Behörden zusätzlich die Artt. 56-1 ff. CPP, die besondere Anwesenheitsrechte statuieren, anwenden würden<sup>1080</sup>. Es ist dabei auf Art. 694-36 CPP zu achten, der besagt, dass eine Vollstreckung (allein) nach ausländischem Recht dann in Betracht kommt, wenn dadurch nicht wesentliche Verfahrensgrundsätze der französischen Rechtsordnung beschränkt werden. Die Artt. 56-1 ff. CPP könnten jedoch solche wesentlichen Garantien iSd Einleitungsartikels („article préliminaire“) des CPP darstellen, da sie auch dem Schutz des Beschuldigten und den Rechten der Verteidigung dienen. Dafür spricht auch, dass diese Vorschriften eine Konkretisierung der Anforderungen des EGMR und des Art. 8 EMRK

---

<sup>1080</sup> Die hierzu ergangene Rechtsprechung, bspw. Crim., Urt. v. 30.10.1995, Nr. 94-83.842, Bull. crim. Nr. 332, befasst nicht noch mit der alten Gesetzeslage, so dass gem. Art. 694-3 CPP für die Vollstreckung eines ausländischen Ersuchens stets das französische Recht und damit auch die Artt. 56-1 ff. CPP Anwendung finden mussten.



darstellen. Mithin sprechen gute Gründe dafür, dass diese Vorschriften im Falle der Vollstreckung einer EEA gem. Art. 694-36 CPP zusätzlich Anwendung finden würden.

Demnach müssen besondere Anwesenheitsrechte eingehalten, sowie Beanstandungsrechte im Falle einer Beschlagnahme geltend gemacht werden können. Aufgrund der kurzen Frist von 5 Tagen, die der JLD im Falle einer Beanstandung zur Entscheidung zur Verfügung hat, ist dadurch keine wesentliche Verzögerung der Herausgabe der Beweismittel an den Anordnungsstaat zu erwarten.

Für den Fall, dass die französischen Behörden die Vorschriften nicht einhalten, würde dies in dem deutschen Verfahren keine Unverwertbarkeit der Maßnahme begründen, da das deutsche Recht solche besonderen Verfahrensvorschriften für Berufsgeheimnisträger nicht kennt. Der von der französischen Strafprozessordnung intendierte Schutz des Art. 694-36 iVm Artt. 56-1 ff. CPP ginge insoweit ins Leere. Selbst wenn der Betroffene die Maßnahme in Frankreich (z.B. gem. Artt. 170 ff. iVm Art. 694-41 CPP) beanstandet und ihm das französische Gericht Recht gibt, hätte dies keine Auswirkung auf das deutsche Strafverfahren.

ggg) Beschlagnahme - Beschlagnahmeverbote

Im Rahmen einer EEA darf die Beschlagnahme von Gegenständen, die dem Beschlagnahmeverbot aus § 97 StPO unterfallen, wie oben gesehen, nicht angeordnet werden. Zusätzlich zu dieser Anordnungsbeschränkung sollten die französischen Behörden auf den Umfang des Beschlagnahmeverbots hingewiesen werden, um rechtswidrige Beschlagnahmen (im Sinne des deutschen Rechts) zu verhindern. Ganz besonders ist darauf hinzuweisen, dass auch schriftliche Mitteilungen zwischen dem Beschuldigten und einem Zeugnisverweigerungsberechtigten iSv § 52 StPO dem Beschlagnahmeverbot unterfallen, da das französische Recht im Rahmen des Ermittlungsverfahrens keine Schutzmaßnahmen für Angehörige kennt.

In diesem Zusammenhang ist noch auf eine Entscheidung des OLG München aus dem Jahre 2004<sup>1081</sup> zu verweisen, die sich mit der Verwertbarkeit von Beweismitteln, die in den Anwendungsbereich des § 97 StPO fallen und die im Rahmen der Durchsuchung der Pariser Wohnung des Beschuldigten durch französische Behörden auf Grundlage eines deutschen Rechtshilfeersuchens beschlagnahmt wurden, auseinandersetzen hatte.

In einem Strafverfahren wegen Steuerhinterziehung gegen den Angeklagten Dr. L.P. erging ein Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss des LG Augsburgs, um im Rechtshilfewege eine Pariser Wohnung, die von dem anderweitig Verfolgten Dr. P genutzt wurde, zu durchsuchen. Während dieser Durchsuchung, die allein von französischen Behörden vollstreckt wurde, wurden ein Schriftstück mit der Überschrift „Dr. L.P. (...)“, ein Schreiben an Rechtsanwalt Prof. Dr. L sowie einer Vollmacht für Rechtsanwalt Prof. Dr. L zur Vertretung des anderweitig Verfolgten Dr. P sowie ein als „D22“ bezeichnetes handgeschriebenes Schriftstück sichergestellt. Auf eine Beschwerde des Dr. P wurde in einem ersten Beschluss die Sicherstellung des Schreibens an den Rechtsanwalt Prof. Dr. L aufgehoben. Die Beschlagnahme der anderen beiden Beweismittel wurde hingegen in einem zweiten Beschluss aufrechterhalten. Die Angeklagten legten Beschwerde gegen diesen zweiten Beschluss ein. Die Strafkammer des LG Augsburg half den Beschwerden nicht ab.

Das OLG München entschied, dass die Beschwerde gegen den zweiten Beschluss begründet ist und die beiden anderen Beschlagnahmen aufgehoben werden müssen. Als Grund nannte das Gericht, dass die beschlagnahmten Gegenstände zu Verteidigungszwecken von Dr. P angefertigt wurden und folglich in dem Verfahren gegen Dr. P als beschlagnahmefrei gelten mussten. Die Beschlagnahmefreiheit wurde in Einklang mit der geltenden Rechtsprechung auf § 97 Abs. 1 StPO analog gestützt. Das OLG München ging jedoch noch einen Schritt weiter, da es die Gegenstände auch in den (abgetrennten) Verfahren gegen andere Angeklagte als Dr. P für beschlagnahmefrei befand. Das OLG führt dabei aus: *„(...) werden den Angeklagten H und M auch Lebenssachverhalte zur Last gelegt, die den anderweitig Verfolgten Dr. P betreffen und*

---

<sup>1081</sup> OLG München, Beschl. v. 30.11.2004, Az.: 3 Ws 720-722/04, NStZ 2006, 300, JR 2007, S. 336 mit Anmkg. Satzger; Schäfer, in FS für Rainer Hamm, S. 629.

*zu denen das fragliche Schriftstück Ausführungen enthält. Die prozessuale Gemeinsamkeit, die vor der Verfahrenstrennung bestanden hat, nämlich die Führung eines einheitlichen Ermittlungsverfahrens wegen desselben Lebenssachverhalts gegen die Angeklagten H und M und den anderweitig Verfolgten Dr. P durch die StA, führt dazu, dass das Beschlagnahme- und Verwertungsverbot nach der Verfahrenstrennung auch in dem Verfahren gegen die früheren Mitbeschuldigten H und M bestehen bleibt, soweit der hierdurch unmittelbar geschützte anderweitig Verfolgte Dr. P weiterhin Beschuldigter ist. Andernfalls bestünde die Gefahr der Aushöhlung des zu seinen Gunsten bestehenden Beschlagnahme- und Verwertungsverbots (...).“<sup>1082</sup>*

Damit wird die Leitlinie der Rechtsprechung des BGH zur Verwertbarkeit von im Ausland erhobenen Beweismitteln fortgeführt, da das Gericht davon ausging, dass § 97 StPO eine wesentliche Verfahrensvorschrift darstellt, deren Missachtung durch die ausländische Vollstreckungsbehörde die Aufhebung der Beschlagnahme nach sich zieht.

#### hhh) Rechtsschutz

Die Art und Weise der Vollstreckung kann angefochten werden, soweit auch das französische Recht eine Anfechtungsmöglichkeit vorsieht, s. Art. 694-41 CPP. Da die Vollstreckung einer Durchsuchung oder Beschlagnahme in den meisten Fällen am Maßstab der „information“ ablaufen wird (s. Art. 694-30 Abs. 2 CPP), ohne dass es auf die Einhaltung von besonderen deutschen Vollstreckungsvorschriften ankommt, sind dem Betroffenen die Rechtsschutzmöglichkeiten des Artt. 170 ff. CPP iVm Art. 694-41 CPP eröffnet. Der Betroffene wird über diese Rechtsschutzmöglichkeit informiert, s. Art. 694-41 Abs. 1 S. 2 CPP, so dass die Rechtsbehelfe effektiv geltend gemacht werden können<sup>1083</sup>. Jedoch führt eine Verletzung von französischen Schutzvorschriften (bspw. Artt. 56-1 ff. CPP) in einem deutschen Verfahren wie oben gesehen nicht zu einer Unverwertbarkeit der Maßnahme, wenn damit nicht gleichzeitig wesentliche deutsche Vorschriften verletzt wurden. In dem Strafverfahren des

---

<sup>1082</sup> OLG München, Beschl. v. 30.11.2004, Az.: 3 Ws 720-722/04, NStZ 2006, 300, JR 2007, S. 336 mit Anmkg. Satzger.

<sup>1083</sup> Gallois, Les nullités de procédure pénale, Gazette du Palais, Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 2017, Rn 224 ff.

Anordnungsstaates hat die Anfechtungsmöglichkeit im Vollstreckungsstaat folglich nur eine sehr beschränkte Wirkung.

### iii) Zusammenfassung

Das deutsche Recht kennt im Rahmen der Durchsuchung und der Beschlagnahme einen auf den Zeitpunkt der Anordnung der Maßnahme vorgelagerten Rechtsschutz, insbesondere durch das Vorsehen eines Richtervorbehalts und der strengen Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Zudem gilt ein ein Beschlagnahmeverbot gem. § 97 StPO.

Das französische Recht kennt neben besonderen Anforderungen im Stadium der Anordnung der Maßnahme zusätzliche Schutzgarantien im Laufe ihrer Vollstreckung (Anwesenheitsrechte, Vollstreckung durch einen „magistrat“, etc.). Wenn die französischen Behörden diese berücksichtigen, kommt dem Betroffenen sogar mehr Schutz als im Rahmen eines deutschen Ermittlungsverfahrens zu. Wenn aber gegen diese französischen Vorschriften verstoßen wird, hat dies keinen Einfluss auf das deutsche Strafverfahren. Der Betroffene soll nicht bessergestellt werden, als im Rahmen eines nationalen Verfahrens. Der von Art. 694-36 CPP intendierte Schutz, sowie die Rechtsschutzmöglichkeiten iSv Art. 694-41 CPP gehen trotz Verstoß gegen die französischen Schutzvorschriften ins Leere.

## bb) Vollstreckung einer französischen EEA in Deutschland

### aaa) Anordnungs- und Vollstreckungsbehörde

Wenn die französischen Behörden eine Durchsuchung in Deutschland anordnen, ist zunächst der gewünschte Umfang der Maßnahme zu klären. Wie oben gesehen unterfallen nach französischem Verständnis auch körperliche Untersuchungen („fouilles“) der Ermächtigungsgrundlage einer Durchsuchung, in Deutschland jedoch nicht. Wenn die französischen Behörden mit der Durchsuchung ebenfalls eine körperliche Untersuchung anordnen möchten, so muss dies in dem EEA-Formular klargestellt werden.

Die französischen Behörden müssen darüber hinaus alle Vorschriften, die auch bei einer nationalen Anordnung gelten, beachten, s. Artt. 694-20 Abs. 1, 3 S. 1 CPP. Die Maßnahme muss mithin verhältnismäßig sein, besondere Begründungspflichten sind einzuhalten,

s. Art. 56-1 CPP, etc. Treten hier Fehler auf, kann dies vor den französischen Gerichten angegriffen werden, sofern das französische Recht dem Betroffenen einen Rechtsschutz eröffnet<sup>1084</sup>.

Sowohl der Staatsanwalt als auch der „juge d’instruction“ können im Laufe eines Ermittlungsverfahrens eine EEA ausstellen (Art. 694-20 Abs. 1 CPP). Das französische Recht sieht hier eine Besonderheit vor. Falls es nach nationalem Recht für die Anordnung der Maßnahme einer Bewilligung des JLD bedurft hätte, muss die ausstellende Behörde die Bewilligung der EEA durch einen Richter des Vollstreckungsstaates anordnen, s. Artt. 694-20 Abs. 3, 694-21 Nr. 5 CPP. Ein Staatsanwalt, der eine Durchsuchung oder Beschlagnahme gem. Art. 76 Abs. 4 CPP anordnet, muss folglich in der EEA die Bewilligung durch einen deutschen Richter anordnen. Der nationale Richtervorbehalt des JLD wird mit Art. 694-20 Abs. 3 CPP auf einen ausländischen Richter verlagert.

Fraglich ist, ob die deutschen Behörden an eine solche Anordnung in einer EEA gebunden wären. § 91h Abs. 1, 2 S. 2 Nr. 1 IRG verpflichtet die deutsche Vollstreckungsbehörde Verfahrens- und Formvorschriften, die von der ausländischen Behörde in der EEA angegeben wurden, einzuhalten. Die Vorschrift aus Art. 694-20 Abs. 3 CPP enthält jedoch keine Angaben über die Art und Weise der Vollstreckung, sondern schreibt vor, welche ausländische Stelle eine EEA im Vorfeld der Vollstreckung für zulässig zu befinden und zu bewilligen hat. Solche Zuständigkeitsvorgaben unterfallen nicht dem Anwendungsbereich des § 91h Abs. 2 S. 2 Nr. 1 IRG, so dass die deutschen Behörden an die Anordnung grundsätzlich nicht gebunden wären. Welche Folgen diese fehlende Bindungspflicht hätte, könnte dahinstehen, wenn das deutsche Recht ohnehin die Mitwirkung eines Richters bei der Bewilligung einer ausländischen Durchsuchungs- und Beschlagnahme-EEA vorsehe.

Die Vollstreckungsbehörde bestimmt sich grundsätzlich nach Landesrecht. In Fällen von Durchsuchungen und Beschlagnahmen sieht jedoch die bundesgesetzliche Regelung aus § 91b Abs. 4 iVm § 67 IRG vor, dass das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Handlung

---

<sup>1084</sup> Crim., Urt. v. 09.02.2016, Nr. 15-85.063, Bull. crim. Nr. 34, D., 2016, S. 427 - legifrance.

vorzunehmen ist, zuständig ist (Abs. 3 S. 1). Bei Gefahr in Verzug sind aber auch die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen zur Anordnung befugt (Abs. 4 S. 1)<sup>1085</sup>. Mit Blick auf die oben aufgeworfene Frage besteht demnach im Falle von Gefahr im Verzug das Risiko, dass ein französischer Staatsanwalt eine EEA ausstellt und diese (lediglich) von einem deutschen Staatsanwalt oder sogar einer polizeilichen Ermittlungsperson bewilligt wird. Es ist demnach zu prüfen, ob eine Durchsuchung oder Beschlagnahme, die aufgrund von Gefahr im Verzug ohne richterliche Bewilligung durchgeführt wurde, in dem französischen Verfahren für nichtig befunden würde.

Dem könnte entgegenstehen, dass die französische Rechtsordnung mit der „*enquête de flagrance*“ ein Verfahrensstadium ähnlich der Gefahr in Verzug, die eine Durchsuchung und Beschlagnahme ohne richterliche Bewilligung erlaubt, kennt (Artt. 56 ff. CPP). Gefahr in Verzug liegt wie oben gesehen nach deutschem Verständnis vor, wenn die Hinzuziehung eines Richters die Gefahr des Verlustes eines Beweismittels oder des Fehlgehens der Maßnahme begründen würde und ist restriktiv auszulegen. Diese Konstellation ähnelt der Natur einer „*enquête de flagrance*“, da die Polizei bei einer auf frische Tat begangenen Straftat Zwangsmaßnahmen zur Beweissicherung durchführen darf. Wenn also tatsächlich dringende Gründe eine Ausnahme von dem Richtervorbehalt in § 67 Abs. 3 IRG begründen, so spricht viel dafür, dass die so erhobenen Beweismittel in Frankreich verwertet werden könnten. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Konstellationen von Gefahr in Verzug Ausnahmesituationen darstellen, so dass ein deutscher Richter überwiegend gem. § 67 Abs. 1 IRG zur Bewilligung einer ausländischen EEA hinzugezogen wird und folglich kein Konflikt mit dem Art. 694-20 Abs. 1, 3 S. 2 CPP entsteht.

Für den Fall, dass deutsche Behörden fälschlicherweise Gefahr in Verzug angenommen haben, kann die Maßnahme in Deutschland gem. § 98 Abs. 2 S. 2 StPO analog iVm § 77 IRG angegriffen werden, da sich die Wahl der Vollstreckungsbehörde nach deutschem Recht

---

<sup>1085</sup> Teilweise wird der deutsche Richtervorbehalt auch über § 91h Abs. 1 IRG, der auf die StPO verweist, für anwendbar erklärt, s. Rackow, KriPoz, 2017, S. 86. Da § 105 StPO, der im Rahmen einer Durchsuchung den Richtervorbehalt vorschreibt und auf den § 91h Abs. 1 IRG folglich verweisen würden, inhaltsgleich mit § 67 IRG ist, kommt es auf die Entscheidung der Frage des gesetzlichen Anknüpfungspunktes nicht an.

vollzogen hat<sup>1086</sup>. Die rechtliche Beanstandung in Deutschland würde in dem französischen Verfahren jedoch keine automatische Unverwertbarkeit zur Folge haben. Art. 694-24 Abs. 1 CPP bestimmt, dass ein wirksamer Rechtsbehelf im Vollstreckungsstaat keine Nichtigkeit der Maßnahme in Frankreich begründet. Das erhobene Beweismittel dürfe aber nicht das einzige Beweismittel sein, auf das sich das Urteil stützt. Fraglich ist, ob die fehlende richterliche Anordnung aufgrund einer Verletzung des Art. 694-20 Abs. 1, 3 S. 2 CPP eine Anfechtungsmöglichkeit in Frankreich eröffnen würde. Dies ist nur der Fall, wenn das französische Recht ein Rechtsmittel vorsieht. Die Situation, dass ein französischer Staatsanwalt eine Durchsuchung oder Beschlagnahme ohne Bewilligung des JLD anordnet, ist stets dem Art. 76 Abs. 4 CPP und folglich einer „enquête préliminaire“ zuzuordnen. Im Rahmen dieses Verfahrensabschnitts sieht das französische Recht jedoch keinen umfassenden Rechtsschutz vor (wie oben gesehen ist die Anwendbarkeit des Art. 802 CPP in diesem Verfahrensabschnitt

---

<sup>1086</sup> S.a. BVerfG, Beschl. v. 30.09.1987, Az.: 2 BvR 510/85 - juris; OLG Frankfurt aM, Beschl. v. 17.09.2003, Az.: 2 Ausl. II 11/96 – openjur; Ahlbrecht/Böhm/Esser, Internationales Strafrecht, S. 132; Ambos/König/Rackow, Rechtshilferecht in Strafsachen, S. 774. Der Beschluss des LG Berlin v. 01.12.2008, 523 Qs 130/08 (NStZ 2010, 43) steht dem nicht entgegen, sondern behandelt vielmehr die Frage, ob eine Überprüfung des Vorliegens der Voraussetzungen für die Leistung der Rechtshilfe bei einer regulären richterlichen Anordnung gem. § 67 Abs. 3 IRG von dem Betroffenen gem. § 304 StPO iVm § 77 IRG überprüft, oder lediglich ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung gem. § 61 IRG gestellt werden kann. Das LG bejahte die alleinige Anwendbarkeit des § 61 IRG. Dies ist in der Literatur umstritten, s. Johnson, in Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 67 Rn 17. Demnach sei die Vorschrift so auszulegen, dass grundsätzlich die Beschwerde gem. § 304 StPO zum Landgericht eröffnet ist. Wenn der Betroffene vor dem Landgericht geltend macht, die Voraussetzungen der Leistungsermächtigung hätten nicht vorgelegen, muss das LG wenn es diese Zweifel teilt, die Entscheidung des OLG gem. § 61 Abs. 1 S. 1 IRG einholen. Teilt es die Zweifel nicht, so kann das LG nur über die Voraussetzungen der Vornahmeermächtigung entscheiden und der Betroffene ist auf ein Rechtsschutzverfahren nach § 61 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 IRG zu verweisen. Der Rechtsschutz gem. § 61 IRG stellt nach dieser Ansicht also erst ein nachgelagertes Verfahren dar, wenn ein Beschwerdeverfahren gem. § 304 StPO schon eingeleitet wurde.

Nach *Lagodny* können die Verfahren jedoch auch parallel Anwendung finden, wobei das LG das Verfahren aussetzen muss, wenn das OLG über einen Antrag gem. § 61 IRG entscheidet, s. in *S/L/G/H*, § 67 Rn 25.

Auf die Entscheidung dieser Streitfrage käme es jedoch dann nicht an, wenn § 61 IRG im Einzelfall schon gar nicht Anwendung findet. Dafür spricht, dass es sich bei der Frage um das Vorliegen von Gefahr in Verzug nicht um eine Frage der Zulässigkeit der Rechtshilfeleistung, sondern deren Vollstreckung handelt. Das LG Berlin geht zwar davon aus, dass das IRG eine abschließende Rechtsschutzregelung vorsieht. Aber die Frage der internen Zuständigkeitsverteilung zwischen Richtervorbehalt oder Staatsanwaltschaft/Polizei ist keine Frage der Rechtshilfe per se, sondern muss nach nationalem Recht beurteilt werden.

Allgemein gegen eine abschließende Regelung des Rechtsschutzes in § 61 IRG spricht auch die von dem BVerfG gewählte Integrationslösung, wonach im Rahmen der Beschwerde gem. § 304 StPO zwingend die Leistungsermächtigung der Rechtshilfe mitgeprüft werden muss, s. *Lagodny* in *S/L/G/H*, § 67 Rn 23; *Rackow, KriPoz*, 2017, S. 86.

stark beschränkt, so dass zu beobachten sein wird, ob die französische Rechtsprechung den Anwendungsbereich auf diesen Fall erweitern wird).

#### bbb) Prüfungsumfang der Vollstreckungsbehörde

Die deutsche Vollstreckungsbehörde prüft im Rahmen der Zulässigkeit, ob die EEA in Einklang mit den Ermittlungsverboten aus § 97 StPO steht, s. § 91b Abs. 1 Nr. 2a IRG.

Im Rahmen der Bewilligungsprüfung könnten die deutschen Behörden gehalten sein zu prüfen, ob die EEA den Anlass der Maßnahme, mithin Durchsuchungszweck und Auffindevermutung, hinreichend begründet darlegen. Die Ausführungen zu dem EuHb haben gezeigt, dass die deutschen Stellen ausländische Entscheidung einer solchen inhaltlichen Prüfung unterziehen (s. Punkt A. I. 3). Diese Prüfung kommt im Rahmen einer EEA vor allem bei Durchsuchungen in Betracht, da das deutsche Recht und die Rechtsprechung eine qualifizierte Begründung des Zwecks der Maßnahme fordern. Dies gilt insbesondere für Durchsuchungen bei Dritten, s. § 103 Abs. 1 StPO. In Frankreich hingegen gilt keine spezifische Begründungspflicht mit Ausnahme von Durchsuchungen bei bestimmten Berufsheimnisträgern iSv Artt. 56-1 ff. CPP. Zwar müssen die französischen Behörden die Rechtsprechung des EGMR berücksichtigen, wonach beispielsweise der Umfang der Beweismittelerhebung in der (richterlichen) Anordnung begründet werden soll<sup>1087</sup>. Der EGMR begründet in seinen Urteilen aber diesbezüglich keine absolute Beweiserhebungspflicht. Die Prüfung einer hinreichenden Anordnungsbegründung erfolgt im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung und stellt nur einen von mehreren Punkten in der Gesamtabwägung des Gerichtshofs dar<sup>1088</sup>. Darüber hinaus stellt der EGMR auch keine, dem § 103 StPO vergleichbaren, Begründungsanforderungen. Folglich besteht aufgrund dieses Unterschieds zwischen der französischen und deutschen Rechtsordnung die Gefahr, dass deutsche Behörden die Vollstreckung einer EEA aufgrund einer nicht ausreichenden Begründung versagen.

Ein vergleichbares Problem stellt sich mit Blick auf den besonderen Verhältnismäßigkeitsvorbehalt (z.B. im Falle der Durchsuchung einer Arztpraxis). Die

---

<sup>1087</sup> EGMR, Urt. v. 03.07.2012, Nr. 30457/06, Robathin c/ Österreich – hrr-strafrecht.

<sup>1088</sup> EGMR, Urt. v. 03.07.2012, Nr. 30457/06, Robathin c/ Österreich – hrr-strafrecht.



deutschen Behörden prüfen die Verhältnismäßigkeit einer EEA (s. nun § 91b Abs. 3 IRG)<sup>1089</sup> und werden dabei eventuell auch die Wertungen des § 160a Abs. 2 StPO berücksichtigen. Entspricht eine ausländische EEA diesen Anforderungen nicht, da eine besondere Verhältnismäßigkeitsprüfung nach ausländischem Recht nicht vorgesehen ist, besteht wiederum die Gefahr, dass die Vollstreckung versagt wird<sup>1090</sup>. Zwar kennt das französische Recht keinen expliziten Vorbehalt wie § 160a StPO, jedoch fordert das französische Recht die Ermittlungsbehörden in den Artt. 56, 57, 56-1 ff. CPP auf, die Bedeutung der Berufsfreiheit bei Anordnung einer Durchsuchung und Beschlagnahme zu berücksichtigen. Es wird zu beobachten sein, ob die französischen EEAen damit den gleichen Standards entsprechen. Darüber hinaus ist aber fraglich, ob die deutschen Behörden anhand der Angaben in dem EEA-Formular überhaupt eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung vornehmen werden können.

Die erhöhten Begründungs- und Verhältnismäßigkeitsanforderungen nach deutschem Recht können im Ergebnis Vollstreckungshindernisse für die sonstige Rechtshilfe begründen.

Zuletzt sei darauf hinzuweisen, dass mit der Einführung des § 91b Abs. 4 IRG die beiderseitige Strafbarkeit im Rahmen von Durchsuchungen und Beschlagnahmen partiell nicht mehr zu prüfen ist<sup>1091</sup>. Art. 11 Abs. 1 g) RL<sup>1092</sup> wurde somit in die deutsche Rechtsordnung umgesetzt.

#### ccc) Vollstreckung

Die EEA wird grundsätzlich nach deutschem Recht vollstreckt, s. § 91h Abs. 1 IRG. Wenn die Durchsuchung bei dem Verdächtigen stattfindet, mithin bei einer Person, die in Frankreich „mise en examen“, „témoin assisté“ oder „suspect“ ist, findet § 102 StPO, bei einem unbeteiligten Dritten § 103 StPO Anwendung. Die französischen Behörden können wiederum Verfahrens- und Formvorschriften vorgeben, s. § 91h Abs. 2 IRG. Die erhobenen Beweismittel sind in einem französischen Verfahren verwertbar, wenn kein Verstoß gegen wesentliche französische Verfahrensprinzipien oder Rechte der Parteien vorliegt. Es ist mithin zu prüfen,

---

<sup>1089</sup> Ahlbrecht, in Ahlbrecht/Böhm/Esser/Eckelmanns, Internationales Strafrecht, S. 488.

<sup>1090</sup> S. a. Lagodny in S/L/G/H, § 67 Rn 21; Rackow, KriPoz, 2017, S. 85, 86, wonach im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung das Gewicht der im Ausland verfolgten Tat nach deutschem Recht zu bestimmen ist.

<sup>1091</sup> Satzger, Internationales und europäisches Strafrecht, S. 205.

<sup>1092</sup> Art. 11 Abs. 1 g) RL sieht die Aufhebung des Vorbehalts der beiderseitigen Strafbarkeit für Fälle vor, in denen die zugrunde liegende Straftat mit einer Mindestfreiheitsstrafe von 3 Jahren belegt ist.

auf welche Verfahrens- und Formvorschriften die französische Anordnungsbehörde hinweisen sollte.

*(1) Maßnahme im Rahmen einer „information“*

Zunächst wird der Fall behandelt, dass eine EEA im Rahmen einer „information“ ausgestellt wird. Aufgrund der schriftlichen Natur dieses Verfahrens müssen die deutschen Behörden zunächst auf das Erfordernis und die Anforderungen an einen formgültigen „procès-verbal“ hingewiesen werden.

Des Weiteren müsste im Falle der Durchsuchung einer Wohnung der Person „mise en examen“ auf die Anwesenheitspflicht dieser Verfahrenspartei gem. Art. 95 CPP hingewiesen werden. Eine Ausnahme kann hiervon nur gemacht werden, wenn die Anwesenheit unmöglich („impossible“) ist. Fraglich ist, ob im Rahmen einer Rechtshilfe mit dem Ausland die Anwesenheit aufgrund der geographischen Distanz zu dem Ort der Durchsuchung stets als unmöglich qualifiziert werden könnte. Die französische Rechtsprechung hat sich mit dieser Thematik noch nicht auseinandersetzen müssen. Einer allgemeinen Versagung der Teilnahme steht jedoch entgegen, dass Art. 95 CPP restriktiv auszulegen ist. Die Vorschrift dient der Stärkung der Rechte einer Person „mise en examen“. Zur Wahrung der Waffengleichheit kennt die „information“ wichtige partizipatorische Verfahrenselemente, die nur ausnahmsweise im Falle einer Unmöglichkeit eingeschränkt werden können. Darüber hinaus schlägt das Argument der geographischen Distanz nicht durch, da eine deutsche Stadt näher an dem Aufenthaltsort des Betroffenen in Frankreich, als eine andere französische Stadt liegen kann. Ein pauschaler Rückgriff auf die Vertretungsregeln ist nicht angezeigt, so dass die französischen Behörden die Anwesenheit der Person „mise en examen“ bei einer Wohnungsdurchsuchung im Ausland gewährleisten müssten. Die Vollstreckungsbehörde ist hierüber zu informieren und die Vollstreckung der Maßnahme gemeinsam zu koordinieren.

In den übrigen Fällen ist auf die strenge Stellvertreter- und Zeugenregelung aus Art. 96 Abs. 2 CPP hinzuweisen, da die deutsche Rechtsordnung solche nur für den Fall, dass

die Durchsuchung nicht durch einen Richter oder Staatsanwalt durchgeführt wird, kennt, s. § 105 Abs. 2 StPO).

Das französische Recht sieht des Weiteren für Durchsuchungen und Beschlagnahmen bei einem Berufsheimnisträger besondere Verfahrensvorschriften vor. Wenn eine EEA insoweit gem. § 91b Abs. 2 IRG zulässig ist und bewilligt wird, müsste die deutsche Vollstreckungsbehörde auf die Voraussetzungen der Artt. 56-1 ff. CPP hingewiesen werden, da diese wie oben gesehen wesentliche Garantien der französischen Rechtsordnung darstellen. Die Maßnahme muss demnach entweder durch einen Staatsanwalt oder Richter („magistrat“) durchgeführt werden (dies ist im deutschen Recht nicht zwingend, s. §§ 105 Abs. 2, 110 StPO). Des Weiteren sind besondere Anwesenheitsrechte zu wahren, bspw. die Anwesenheit des Präsidenten der zuständigen Rechtsanwaltskammer bei einer Kanzleidurchsuchung, s. Art. 56-1 Abs. 1 CPP, die Anwesenheit des Vorsitzenden der Ärztekammer im Falle der Durchsuchung einer Arztpraxis, s. Art. 56-3 CPP, etc. Ein Verstoß gegen diese Schutzvorschriften begründet eine Nichtigkeit der Maßnahme in Frankreich.

Fraglich ist aber, ob die Einhaltung dieser Verfahrensvorschriften praktisch möglich sein wird. Dem könnte entgegenstehen, dass das deutsche Recht keine Beteiligung von Vertretern der Berufsverbände an einer staatlichen Ermittlungsmaßnahme kennt. Doch selbst wenn der Beteiligung solcher Vertreter von deutscher Seite zugestimmt wird, ist zweifelhaft, ob durch deren Teilnahme die von Artt. 56-1 ff. CPP intendierten Schutzzwecke gewährleistet werden können. Nach französischem Verständnis soll beispielsweise der Vertreter der Rechtsanwaltskammer („bâtonnier“) darauf achten, dass nicht (unverhältnismäßig) in die anwaltliche Berufsfreiheit eingegriffen wird (Art. 56-1 CPP). Zu diesem Zwecke kann er sich Beschlagnahmen widersetzen. Diese Schutzfunktion kann ein deutscher Vertreter nur erfüllen, wenn er Kenntnis von Sinn und Zweck der Artt. 56-1 ff. CPP, sowie des Umfangs der Berufsfreiheit und damit einhergehend des Beschlagnahme- und Widersetzungsrechts nach französischem Verständnis hat. Die obigen Ausführungen haben gezeigt, dass sich die Beschlagnahmegrundsätze und –verbote nach französischem Recht von den deutschen

Grundsätzen unterscheiden. Eine solche Kenntnis des ausländischen Rechts wird der deutsche Vertreter aber üblicherweise nicht haben.

Die Teilnahme eines französischen Vertreters an der Vollstreckung der Maßnahme würde hingegen die zwingende Anwesenheit eines Dolmetschers erfordern, der die Inhalte der zu beschlagnahmten Dokumente vor Ort übersetzen müsste, damit ein Widersetzungsrecht iSd Artt. 56-1 ff. CPP sinnvoll ausgeübt werden kann. Die simultane Übersetzung könnte die Vollstreckung erheblich verzögern und stößt an ihre Grenzen, wenn sehr umfangreiche Datenbestände (z.B. auf einem PC oder Massendatenträger) beschlagnahmt werden.

Ein weiteres Hindernis könnte darin gesehen werden, dass die Kontrollmöglichkeiten des JLD im Rahmen eines deutsch-französischen Rechtshilfeverkehrs stark verzögert wären und damit ein effektiver Rechtsschutz wie ihn die Artt. 56-1 ff. CPP vorsehen, nicht gewährleistet werden könnte. Wenn sich ein Berufsstandvertreter beispielsweise der Beschlagnahme in Deutschland widersetzt, so müsste der Gegenstand unmittelbar und verschlossen versiegelt einem JLD übergeben werden, der innerhalb von 5 Tagen über die Rechtmäßigkeit der Beschlagnahme entscheidet. Eine solch zügige Herausgabe eines Beweismittels ist im Rechtshilfeverkehr kaum denkbar. Das IRG kennt keine Fristen für die Herausgabe an den Anordnungsstaat. Die Überprüfung durch einen JLD würde zudem dadurch verzögert, dass die Beweismittel zunächst übersetzt werden müssten.

Im Ergebnis werden die Schutzvorschriften der Artt. 56-1 ff. CPP im Rechtshilfeverkehr praktisch kaum umgesetzt werden können. Die erhobenen Beweismittel könnten somit in einem französischen Verfahren nicht verwertet werden, so dass zweifelhaft ist, ob die französischen Behörden in solchen Konstellationen überhaupt auf eine EEA zurückgreifen werden.

Wenn darüber hinaus im Rahmen der Vollstreckung gegen deutsche Vorschriften verstoßen wurde (z.B. die Art und Weise der Vollstreckung unverhältnismäßig war), hat der Betroffene die Möglichkeit die Maßnahme gem. § 98 Abs. 2 S. 2 StPO (analog) anzufechten. Die Einlegung eines Rechtsbehelfs setzt zwar die Vollstreckung nicht aus; es kann aber die Übermittlung der Beweismittel an den Anordnungsstaat ausgesetzt werden,

s. § 91i Abs. 2 Nr. 2 IRG. Der Wortlaut des § 91i IRG macht deutlich, dass es sich dabei um eine Ermessensvorschrift handelt.

Der Rechtsbehelf sollte vor Übermittlung der Beweismittel nach Frankreich eingelegt und gleichzeitig ein Antrag auf Aussetzung der Herausgabe gestellt werden. Ein erfolgreicher Rechtsbehelf in Deutschland hätte nach Herausgabe der Beweismittel an die französischen Behörden keine Unverwertbarkeit beziehungsweise Nichtigkeit in dem französischen Verfahren zur Folge, s. Art. 694-24 Abs. 1 CPP. Der Rechtsschutz des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO ist mithin im Rechtshilfeverkehr, im Gegensatz zu einem Rechtsbehelf in einem rein nationalen Verfahren („jederzeit“, s. § 98 Abs. 2 S. 2 StPO), zeitlich befristet. Es ist jedoch wiederum zweifelhaft, ob ein Betroffener, der das deutsche Recht nicht kennt, von diesem Rechtsbehelf Gebrauch machen wird. Anders als in Frankreich (s. Art. 694-41 Abs. 1 CPP) wird er nicht über seine Rechtsschutzmöglichkeiten in Fällen der Vollstreckung einer EEA belehrt.

Mit Blick auf diese verkürzten Rechtsschutzmöglichkeiten im Zusammenspiel zweier nationaler Rechtsordnungen ist die Vollstreckung einer EEA, insbesondere in dem sensiblen Bereich einer Durchsuchung, kritisch zu sehen<sup>1093</sup>.

*(2) Maßnahme im Rahmen einer „enquête“*

Die Durchsuchung und Beschlagnahme werden voraussichtlich überwiegend als Zwangsmaßnahme gem. Art. 76 Abs. 4 CPP angeordnet werden, so dass die zugrunde liegende Straftat mit einer Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren belegt sein muss oder ein Verbrechen darstellt. Im Rahmen der Bewilligungsprüfung der deutschen Vollstreckungsbehörde wird die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit gem. § 91b Abs. 4 IRG somit keine Schwierigkeiten bereiten.

In Bezug auf die Art und Weise der Vollstreckung der Maßnahme kann im Übrigen auf die Ausführungen zur „information“ verwiesen werden, da die Vorschriften gleichlaufen

---

<sup>1093</sup> S. zu möglichen Rechtsschutzalternativen im europäischen Rechtshilfeverkehr, Hecker, Europäisches Strafrecht, S. 428.

(Art. 76 Abs. 3 verweist auf Artt. 56, 59, die wiederum auf die Artt. 56-1 ff., 57 CPP Bezug nehmen).

Das Augenmerk ist noch auf die Rechtsschutzmöglichkeiten im Rahmen einer „enquête“ zu richten. Gegen die Anordnung der Maßnahme gibt es (außerhalb der Überprüfung des Begründetheitserfordernisses aus Artt. 56-1 ff. CPP) keinen umfassenden Rechtsschutz<sup>1094</sup>. Wenn die Maßnahme unzulässigerweise auf Art. 76 Abs. 4 CPP gestützt wurde oder unverhältnismäßig ist, kann dies im Laufe der „enquête“ nicht angegriffen werden. Es besteht jedoch die Möglichkeit, dass die deutschen Behörden im Falle einer Unverhältnismäßigkeit der Anordnung die Vollstreckung versagen, s. § 91b Abs. 3 IRG (sofern die Angaben in dem EEA-Formular eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung erlauben). Die Anordnung an sich könnte aber als ausländischer Akt nicht in Deutschland angefochten werden. Vor deutschen Gerichten könnte nur die Art und Weise der Vollstreckung überprüft werden. Hier gilt dann aber wieder die beschränkte Wirkung eines erfolgreich in Deutschland erhobenen Rechtsbehelfs in dem französischen Verfahren (s. Art. 694-24 CPP). Der Beschuldigte im Rahmen einer „enquête“ unterliegt damit einer besonderen Rechtsschutzverkürzung.

#### cc) Zusammenfassung

Die Gegenüberstellung der deutschen und französischen Rechtsordnung lässt erhebliche Unterschiede erkennen, die die Rechtshilfe behindern.

Es fällt besonders auf, dass die Rechtsordnungen unterschiedliche Konzepte zur Gewährleistung einer rechtmäßigen Durchsuchung und Beschlagnahme vorsehen. Das deutsche Recht setzt verstärkt auf einen Schutz *a priori*, indem es einen Richtervorbehalt, sowie Erhebungs- und Beschlagnahmeverbote vorsieht und die Zulässigkeit der Anordnung dieser Maßnahmen von einer besonderen Begründungspflicht sowie Verhältnismäßigkeitsprüfung abhängig macht. Wenn diese Hürden genommen wurden, gilt für die eigentliche Vollstreckung sodann im Prinzip „nur“ der allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

---

<sup>1094</sup> Lorrain/Ingrain, Le rôle de l’avocat lors des perquisitions pénales à la lumière des développements récents, AJ Pénal, 2016, S. 250.

In Frankreich wird der Schutz zeitlich sowohl im Rahmen der Anordnung (z.B. Zulässigkeit der Maßnahme abhängig von Schwere der Straftat oder qualifizierten Begründung iSv Artt. 56-1 ff. CPP), als auch während der Vollstreckung verortet (Anwesenheitsrecht der Person „mise en examen“, Vertretungsregeln iSv Art. 96 Abs. 2 CPP, Anwesenheitspflichten gem. Artt. 56-1 ff. CPP, etc.)<sup>1095</sup>.

Zudem ist unklar, ob die Rechtsordnungen die Verhältnismäßigkeit einer Durchsuchung und Beschlagnahme nach denselben Kriterien bejahen bzw. verneinen würden. Dieser Umstand kann im Rahmen der Zulässigkeits-, bzw. Bewilligungsprüfung ein Hindernis der Rechtshilfe darstellen.

Im Rahmen der Vollstreckung einer EEA werden die Vollstreckungsbehörden ebenso an ihre Grenzen stoßen. Die Einhaltung deutscher Vorschriften wie § 97 StPO durch französische Behörden, sowie die Gewährleistung französischer Schutzvorschriften wie Artt. 56-1 ff., 96 CPP durch deutsche Behörden wird praktisch schwer umzusetzen sein. Die korrekte Anwendung des ausländischen Rechts setzt jeweils Kenntnis von Sinn und Zweck der Vorschriften und gegebenenfalls des zugrundeliegenden Sachverhalts voraus, die im Rahmen einer Rechtshilfehandlung mit dem Ausland nicht vorausgesetzt werden kann. Des Weiteren wird die jeweilige Vollstreckungsbehörde zusätzlich ihre eigenen nationalen Vorschriften beachten müssen, so dass es zu einer Gemengelage des nationalen und ausländischen Rechts kommt.

Durch diese Gemengelage wird eine weitere Schwäche des aktuellen Rechtshilfesystems deutlich, da dadurch die effektive Geltendmachung von Rechtsschutzmöglichkeiten beschränkt wird. Die Vollstreckung einer EEA sowohl in Frankreich als auch in Deutschland kann den Rechtsschutz des Betroffenen empfindlich senken. Die Vollstreckung einer deutschen EEA kann gegebenenfalls die Beachtung wesentlicher französischer Verfahrensprinzipien

---

<sup>1095</sup> Hierzu auch allgemein Gleß, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, 2006, S. 142, wonach die „*Problematik des Beweistransfers (...) ihren Ursprung in der unterschiedlichen normativen Konstruktion einer „fairen“ und „zuverlässigen“ Beweisführung in den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen (hat). Verstärkt wird die Problematik aber noch durch ein Phänomen, das in allen europäischen Rechtsordnungen existiert: die „parallele“, (...) bzw. „gestufte“ Beweisführung.*“

iSv Art. 694-36 CPP erforderlich machen. Die Missachtung dieser Vorschriften hat jedoch keine Auswirkung auf das deutsche Verfahren, wenn dieses vergleichbare Vorschriften nicht kennt (bspw. Anwesenheitspflichten). Die Verletzung von wesentlichen französischen Verfahrensvorschriften iSv Art. 694-36 CPP bleibt folglich unbeachtlich.

Die Anordnung einer französischen EEA kann im Rahmen einer „enquête préliminaire“ gerichtlich nur sehr eingeschränkt überprüft werden. Die Einlegung von Rechtsbehelfen, die in Deutschland bezüglich der Art und Weise der Vollstreckung geltend gemacht werden können, ist dadurch gehemmt, dass der Betroffene mangels Belehrung keine Kenntnis von dem Rechtsschutz hat. Selbst wenn jedoch ein Rechtsbehelf eingelegt wurde, hat dieser nur eine beschränkte Wirkung auf das französische Verfahren. Im Ergebnis ist der von den nationalen Rechtsordnungen vorgesehene Rechtsschutz im Rechtshilfeverkehr praktisch wirkungslos.

dd) Tabellarische Übersicht

- Deutschland:

	Anordnung	Vollstreckung	Rechtsschutz
Durchsuchung	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Anfangsverdacht,</li> <li>- Richtervorbehalt,</li> <li>- Verhältnismäßigkeit,</li> <li>- Begründungspflicht (bes. § 103 StPO),</li> <li>- Anordnungsverbot</li> </ul>	Verhältnismäßigkeit	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Anordnung,</li> <li>- Vollstreckung</li> </ul>
Beschlagnahme	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Anfangsverdacht,</li> <li>- Richtervorbehalt,</li> <li>- Verhältnismäßigkeit,</li> <li>- Begründungspflicht,</li> <li>- Beschlagnahmeverbot</li> </ul>	Verhältnismäßigkeit	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Anordnung,</li> <li>- Vollstreckung</li> </ul>



- Frankreich

	Anordnung	Vollstreckung	Rechtsschutz
Durchsuchung	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Verdacht bzgl. Straftat mit besonderem Schweregrad,</li> <li>- Richtervorbehalt („inform.“/ Art. 76 Abs. 4 CPP),</li> <li>- Verhältnismäßigkeit,</li> <li>- Begründungspflicht (Artt. 56-1 ff. CPP)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Anwesenheitsrecht Person „mise en examen“,</li> <li>- Vertretungsregeln iSv Art. 96 CPP,</li> <li>- Anwesenheitsrechte iSv Artt. 56-1 ff. CPP,</li> <li>- Vollstreckung durch „magistrat“ iSv Artt. 56-1 ff. CPP</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Anordnung „inform.“,</li> <li>- Vollstreckung „inform.“,</li> <li>- Nur Artt. 56-1 ff. CPP (Begründetheit) iRv „enquête“,</li> <li>- Kontrollbefugnis JLD gem. Artt. 56-1 ff. CPP</li> </ul>
Beschlagnahme	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Verdacht bzgl. Straftat mit besonderem Schweregrad,</li> <li>- Richtervorbehalt („inform.“/ Art. 76 Abs. 4 CPP),</li> <li>- Verhältnismäßigkeit,</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Vollstreckung durch „magistrat“ iSv Artt. 56-1 ff. CPP,</li> <li>- Widerrufsrechte iSv Artt. 56-1 ff. CPP,</li> <li>- Kein abstraktes Beschlagnahmeverbot</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Anordnung „inform.“,</li> <li>- Vollstreckung „inform.“,</li> <li>- Nur Artt. 56-1 ff. CPP (Begründetheit) iRv „enquête“,</li> <li>- Kontrollbefugnis JLD</li> </ul>

	- Begründungspflicht (Artt. 56-1 ff. CPP)		gem. Artt. 56-1 ff. CPP
--	---	--	-------------------------

- Rechtsschutzverkürzung EEA

a) Deutschland ist Vollstreckungsstaat

	„enquête“	„information“
Anordnung in Frankreich	(stark beschränkt; zudem besteht die Gefahr, dass die staatsanwaltl. Anordnung im Ausland nicht richterlich überprüft wird, so dass kein Richter die Zulässigkeit der Maßnahme je überprüft hätte, s. Art. 694-20 Abs. 3 S. 2 CPP)	+
Vollstreckung in Deutschland	-, kein Rechtsbehelf in Frankreich, wenn frz. Recht angewendet wurde; +, Rechtsbehelf in Deutschland, wenn dt. Recht angewendet wurde → Wirksamkeit des Rechtsbehelfs begründet keine Nichtigkeit in Frankreich	+, Rechtsbehelf in Frankreich, wenn frz. Recht angewendet wurde; +, Rechtsbehelf in Deutschland, wenn dt. Recht angewendet wurde → Wirksamkeit des Rechtsbehelfs begründet keine Nichtigkeit in Frankreich

b) Frankreich ist Vollstreckungsstaat

	Ermittlungsverfahren
Anordnung in Deutschland	+
Vollstreckung in Frankreich	+ , Rechtsbehelf in Deutschland, wenn dt. Recht angewandt wurde; + , Rechtsbehelf in Frankreich (Artt. 170 ff. iVm Art. 694-30 Abs. 2 CPP), wenn frz. Recht angewandt wurde → Wirksamer Rechtsbehelf ist in deutschem Verfahren unbeachtlich

## **Schlussbetrachtung**

### **I. Ergebnisse der Untersuchung**

Die vorliegende Arbeit nimmt zunächst die Richtlinie zur Einführung der Europäischen Ermittlungsanordnung zum Anlass, um die Funktionsweise sowie Effizienz des aktuellen Rechtshilfesystems in Strafsachen zu untersuchen. Dieser erste Teil der Arbeit hat gezeigt, dass trotz der Einführung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung und einer verstärkten Formalisierung des Verfahrens die Defizite der grenzüberschreitenden Rechtshilfe auch in den formellen und strukturellen Abweichungen der nationalen Verfahrensordnungen begründet liegen können. Der zweite Teil dieser Arbeit nahm diese Feststellung sodann als Ausgangspunkt, um das deutsche und französische Strafverfahren einer rechtsvergleichenden Studie zu unterziehen. Den nationalen Strafverfahrensordnungen ist gemeinsam, dass der urteilssprechenden Hauptverhandlung ein Ermittlungsverfahren (nach französischem Verständnis unterfällt diesem Begriff sowohl die „enquête“, als auch die „information“) vorgelagert ist, das insbesondere der Beweiserhebung und -sicherung dient. Dieser Verfahrensabschnitt ist mithin prädestiniert für die Anordnung und Vollstreckung einer EEA, so dass der Fokus der rechtsvergleichenden Untersuchung auf diesen Verfahrensabschnitt gelegt wurde. Die Untersuchung verfolgte den Zweck den Grad der Abweichung der Rechtsordnungen zu bestimmen und die daraus resultierenden Probleme für die praktische Umsetzung der RL und ihre Defizite zu benennen.

Das Hauptaugenmerk wurde auf die Gegenüberstellung der Maßnahmen der Beschuldigtenvernehmung, Zeugenvernehmung, Durchsuchung sowie Beschlagnahme gelegt. Nichtsdestotrotz mussten auch die, den nationalen Strafverfahrensordnungen zugrunde liegenden, Struktur und Konzeption in die rechtsvergleichende Betrachtung miteinfließen, da diese den Ablauf der Ermittlungsverfahren maßgeblich mitbestimmen.

Der Zweck beider nationalen Ermittlungsverfahren liegt in der Erforschung der materiellen Wahrheit begründet, um die Durchsetzung des Strafrechts zur Schaffung und Erhaltung des Rechtsfriedens zu garantieren. Hierzu sehen beide Rechtsordnungen für diesen

Verfahrensabschnitt die Mitwirkung von Polizeibehörden, der Staatsanwaltschaft und einer Richterfigur (entweder punktuell im Sinne eines Ermittlungs- beziehungsweise Freiheitsrichters - „juge des libertés et de la détention“-, oder eines Untersuchungsrichters, der das Verfahren eigenständig leitet) vor. Gleichzeitig kennen beide Verfahrensordnungen Beschränkungen der staatlichen Ermittlungsbefugnisse zur Verhinderung einer Wahrheitsermittlung um jeden Preis<sup>1096</sup>. Das Leitmotiv beider Rechtsordnungen stellt die Durchführung eines rechtsstaatlichen Verfahrens („procès équitable“) dar. Diese Zielrichtung eines Strafverfahrens spiegelt sich auch in dem, in Art. 6 EMRK angelegten, Grundsatz des „fair trial“ wieder. Beide Verfahrensordnungen sind daher von bestimmten Prozessmaximen geprägt, die ihre konkrete Ausgestaltung in der Art und Weise des gesetzlichen Verfahrensablaufs erfahren. Die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens soll in beiden Rechtsordnungen durch eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse der Strafverfolgung einerseits und dem Schutz dieser Prozessgarantien andererseits gewährleistet werden.

Die deutsche und französische Rechtsordnung können angesichts dieser gleichen Konzeption nicht als grundlegend verschieden empfunden werden. Nichtsdestotrotz sind Unterschiede zu verzeichnen, die zum einen strukturell in der Kompetenzverteilung zwischen den unterschiedlichen Ermittlungsbehörden angelegt sind. Zum anderen weichen konzeptuell die Vorstellungen der konkreten Ausgestaltung eines rechtsstaatlichen Verfahrens voneinander ab.

---

<sup>1096</sup> Spencer, II, La mise en scène/La preuve, in Delmas-Marty, Procédures pénales d'Europe, PUF, Paris, 1995, S. 512.

Diese Unterschiede treten im Rahmen der nationalen Umsetzungsgesetze der RL sowie ihrer praktischen Umsetzung zu Tage.

## **1. Struktur und Konzeption der Verfahrensordnungen**

### a) Die Bedeutung und die Rolle des Ermittlungsverfahrens für das Strafverfahren

Die Bedeutung und die Rolle des Ermittlungsverfahrens hängen entscheidend von der Durchführung der Beweisaufnahme in der gerichtlichen Hauptverhandlung ab.

In Deutschland gilt im Rahmen der Hauptverhandlung der Unmittelbarkeitsgrundsatz. Demnach hat die Beweisaufnahme unmittelbar vor dem erkennenden Gericht stattzufinden. Beruht der Beweis einer Tatsache beispielsweise auf der Wahrnehmung einer Person, ist diese in der Hauptverhandlung zu vernehmen (s. § 250 S. 1 StPO). Die persönliche Vernehmung darf nicht ohne weiteres durch die Verlesung eines Protokolls über eine frühere Vernehmung oder durch die Anhörung der Vernehmungsperson ersetzt werden (s. § 250 S. 2 StPO). Aufgrund dieses Unmittelbarkeitserfordernisses scheint das Ermittlungsverfahren auf den ersten Blick keine bedeutende Rolle innerhalb des deutschen Strafverfahrens zu spielen. Diese Feststellung würde aber außer Acht lassen, dass das Unmittelbarkeitserfordernis im Rahmen der Hauptverhandlung durchbrochen werden kann und es dann entscheidend auf die im Rahmen des Ermittlungsverfahrens erhobenen Beweismittel ankommt. Darüber hinaus können die im Ermittlungsverfahren erhobenen Beweismittel auch mittelbar Eingang in die Hauptverhandlung finden, z.B. durch das Vorhalten von Inhalten aus einem früheren Vernehmungsprotokoll. Zwar wird dann nicht der Inhalt des Vernehmungsprotokolls selbst Gegenstand der Hauptverhandlung, aber die bei dem Zeugen hervorgerufene Reaktion. Des Weiteren ist zu beachten, dass die vollständige Ermittlungsakte dem erkennenden Gericht vorliegt und im Rahmen der Entscheidungsfindung hinzugezogen wird. Angesichts dieser Umstände beansprucht somit das vorgerichtliche Beweiserhebungsverfahren trotz des geltenden

Unmittelbarkeitsprinzips einen besonderen Stellenwert innerhalb des deutschen Strafverfahrens.

Der französischen Strafprozessordnung ist ein vergleichbarer Unmittelbarkeitsgrundsatz nicht bekannt. Die Beweise im Rahmen einer Verhandlung von dem „Tribunal correctionnel“, das zur Aburteilung aller Arten von Vergehen („délit“) zuständig ist, werden grundsätzlich schriftlich eingeführt. Ein verstärktes Mündlichkeitsprinzip im Sinne eines Vorrangs des Personalbeweises vor dem Urkundenbeweis gilt zwar im Rahmen eines Verfahrens vor der „Cour d’assises“, die zur Aburteilung von Verbrechen („crime“) zuständig ist. Jedoch kann auch hier das Mündlichkeitsprinzip durchbrochen und beispielsweise die persönliche Vernehmung eines Zeugen durch die Verlesung des Vernehmungsprotokolls aus dem Ermittlungsverfahren ersetzt werden. Aufgrund dieser Natur der Hauptverhandlung nimmt die Beweiserhebung im Vorverfahren einen besonderen Geltungsanspruch im französischen Strafverfahren ein. Damit verbunden sind die hohen formellen Ansprüche, die im Rahmen des Vorverfahrens an die Beweiserhebung gestellt werden (vgl. nur die Anforderungen an einen formgültigen, verwertbaren „procès-verbal“, Artt. 106, 107 CPP).

*Zusammenfassend* kann festgehalten werden, dass dem Ermittlungsverfahren sowohl im deutschen, als auch im französischen Strafverfahren eine besondere Rolle und Bedeutung zukommt. Dem französischen Verfahrensabschnitt der „information“ kommt zusätzlich aufgrund der richterlichen Dimension durch die ausschließliche Zuständigkeit und Verfahrensleitung durch einen Untersuchungsrichter, sowie der starken Formalisierung des Verfahrens und der Rechte und Rolle des Beschuldigten angesichts des starken Eingriffs in die Unschuldsvermutung eine besonders herausragende Bedeutung zu.

#### **b) Die Kompetenzverteilung im Rahmen einer Rechtshilfeleistung**

Hinsichtlich der Struktur des Vorverfahrens gilt es zunächst zu unterscheiden, ob ein Richter – wenn auch nur für bestimmte Deliktskategorien – oder ein Staatsanwalt für die Leitung des Verfahrens zuständig ist. Der Ausgangspunkt dieser Arbeit stellt die Vollstreckung einer EEA

dar, so dass die nationalen Kompetenzverteilungen im Spiegel der sonstigen Rechtshilfe darzustellen waren.

In Deutschland gilt zunächst festzuhalten, dass die Rechtshilfe in den Zuständigkeitsbereich des Bundes fällt (Art. 32 GG), so dass im Grunde das Bundesministerium für Justiz für die Erledigung einer EEA zuständig ist. Der Bund hat jedoch von seinem Übertragungsrecht aus § 74 IRG Gebrauch gemacht und die Kompetenz für Rechtshilfeangelegenheiten in Strafsachen auf die Länder übertragen. Diese wiederum haben ihre Kompetenz auf die Staatsanwaltschaft und die Gerichte übertragen und folgen dabei der Kompetenzverteilung, wie sie auch in einem nationalen Verfahren vorgesehen ist (s. § 161 StPO). Demnach obliegt die Leitung des Verfahrens der Staatsanwaltschaft. Diese prüft die Zulässigkeit und Bewilligung einer EEA. Eine Ausnahme gilt dann, wenn eine Rechtshilfe auch nach innerstaatlichem Recht von einem Gericht zu leisten wäre. Dies ist der Fall, wenn eine Ermittlungsmaßnahme entweder von einem Richter bewilligt werden muss (sog. gesetzlicher Richtervorbehalt) oder nur von diesem vollstreckt werden kann<sup>1097</sup>. In diesen Fällen obliegt die Bewilligungsprüfung, beziehungsweise Vollstreckung der EEA einer gerichtlichen Stelle, s. § 91h Abs. 1 IRG. Die übrige Verfahrensleitung verbleibt jedoch bei der Staatsanwaltschaft.

Die Vollstreckung einer Ermittlungsmaßnahme kann im Grunde den Polizeibehörden übertragen werden. Eine generelle staatsanwaltliche oder richterliche Mitwirkungspflicht an der Vollstreckungshandlung kennt das deutsche Recht nicht. Das Gesetz kennt hingegen punktuelle Mitwirkungspflichten (bspw. ist die Teilnahme der Staatsanwaltschaft bei Durchsuchungen notwendig, wenn Dokumente gesichtet werden müssen, s. § 110 StPO; des Weiteren kann eine Eidesabnahme im Ermittlungsverfahren nur von einem Richter vorgenommen werden, s. § 161a Abs. 1 S. 3 StPO). An der Vollstreckung einer EEA in Deutschland wird aber stets ein Staatsanwalt oder Ermittlungsrichter teilnehmen, da die Lösung spezifischer Rechtsfragen, die sich aufgrund der parallelen Anwendung zweier Rechtsordnungen ergeben können (s. Grundsatz des „forum regit actum“ und der möglichen

---

<sup>1097</sup> Im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens stellt dies zum Beispiel die eidliche Zeugenvernehmung dar.



Verletzung von wesentlichen Prinzipien des Vollstreckungsstaates), erforderlich sein kann. Etwas anderes kann gelten, wenn eine bloße Auskunftserteilung angeordnet wird.

Von dieser eindimensionalen Kompetenzverteilung in Form einer generellen Verfahrensleitung in Händen der Staatsanwaltschaft unterscheidet sich das französische Rechtshilfeverfahren. Zunächst kann festgehalten werden, dass die Rechtshilfe auch nicht mehr auf Regierungsebene angesiedelt ist, sondern auf einem direkten Austausch zwischen den zuständigen Ermittlungsbehörden beruht („principe de la coopération de juge à juge“). Die Leitung eines Rechtshilfeverfahrens obliegt sodann entweder der Staatsanwaltschaft, die die Vorschriften einer „enquête“ anwendet oder einem als „juge d’instruction“ bezeichneten Untersuchungsrichter, der die Vorschriften einer „information“ zugrunde legt. Es handelt sich um eine ausschließliche Kompetenzverteilung (s. Art. 694-30 CPP). Somit unterscheiden sich die Zuständigkeiten im Rahmen eines Rechtshilfeverfahrens von denen eines rein nationalen Strafverfahrens. In letzterem Fall liegt die Beauftragung eines „juge d’instruction“ und die Eröffnung einer „information“ grundsätzlich im Ermessen der Staatsanwaltschaft, außer es steht die Begehung eines Verbrechens im Raum.

Die Entscheidung, ob ein Staatsanwalt oder Untersuchungsrichter für die Bewilligung und Vollstreckung einer EEA zuständig ist, erfolgt unter anderem am Maßstab der Notwendigkeit einer gerichtlichen Mitwirkungshandlung nach nationalem Recht (s. Art. 694-30 Abs. 2 Alt. 2 CPP). Damit werden die Befugnisse des JLD und des „juge d’instruction“ im Rahmen einer Rechtshilfeleistung auf das Organ des „juge d’instruction“ konzentriert. Folglich ist diesem allein die Bewilligung und Vollstreckung einer EEA vorbehalten. Der JLD hingegen spielt im Rahmen einer Rechtshilfeleistung keine Rolle.

Die Vollstreckung der EEA kann in der Praxis den Polizeibehörden übertragen werden, wenn nicht besondere gesetzliche Anwesenheitspflichten zu beachten sind. So ist beispielsweise die Durchsuchung bei Berufsgeheimnisträgern gem. Artt. 56-1 ff. CPP einem „magistrat“ vorbehalten, so dass sich entweder der leitende Staatsanwalt oder der „juge d’instruction“ zum

Ort der Durchsuchung begeben muss. Des Weiteren ist die Anhörung einer Person, die in Frankreich „mise en examen“ ist, dem Richter vorbehalten (s. Art. 152 Abs. 2 CPP).

*Zusammenfassend* lassen sich folgende Feststellungen treffen:

Das Rechtshilfeverfahren in Deutschland kennt eine ausschließliche Kompetenz der Staatsanwaltschaft mit punktuellen Beteiligungspflichten eines Ermittlungsrichters. Die staatsanwaltliche oder richterliche Mitwirkung an der Vollstreckung einer Rechtshilfehandlung wird grundsätzlich angezeigt sein.

Das Rechtshilfeverfahren in Frankreich folgt dem zweistufigen System eines nationalen Ermittlungsverfahrens, so dass die Zuständigkeit entweder bei dem „juge d’instruction“ oder der Staatsanwaltschaft belegen ist, wobei die Verfahrensleitung hinsichtlich einer Zwangsmaßnahme („mesure coercitive“) im Grunde dem „juge d’instruction“ obliegt (s. Art. 694-30 Abs. 2 CPP). Die Ermittlungsmaßnahmen können von Polizeibeamten vollstreckt werden, wenn das Gesetz keine Ausnahmen hiervon kennt. Aufgrund des bestehenden Ermessensspielraums in Bezug auf die Eröffnung einer „information“ ist die Bedeutung dieses Verfahrensabschnitts im Rahmen eines nationalen Strafverfahrens gering (laut Verfahrensstatistik werden nur ca. 3-5 % aller Verfahren in Form einer „information“ geführt). Im Rahmen einer Rechtshilfe kann dieser Verfahrensabschnitt aufgrund der zwingenden Zuständigkeit des „juge d’instruction“ und der fehlenden Beteiligung eines JLD in Zukunft an Bedeutung gewinnen.

### c) Die Stellung der Verfahrensbeteiligten und die Natur des Ermittlungsverfahrens

#### aa) Formal

Das deutsche Ermittlungsverfahren ist nicht als Parteiverfahren ausgestaltet. Die Akteure, so der Beschuldigte, dessen Verteidiger, das Opfer, etc. werden als einfache Verfahrensbeteiligte bezeichnet.

In der französischen Strafprozessordnung macht die Zweidimensionalität des Vorverfahrens einen Unterschied. Spricht man noch im Rahmen einer „enquête“ von einfachen

Verfahrensbeteiligten, werden diese innerhalb einer „information“ zu echten Verfahrensparteien („parties au procès“). Eine Ausnahme gilt für den „témoin assisté“, so dass das französische Recht hinsichtlich der verdächtigen Person sogar eine dreiteilige Stufung kennt. Auch wenn der Verfahrensabschnitt der „information“ Elemente eines Parteiverfahrens kennt, obliegt die Verfahrensleitung aber weiterhin dem „juge d’instruction“.

#### bb) Inhaltlich

Das deutsche Ermittlungsverfahren wird von dem Legalitätsprinzip beherrscht, demgemäß die Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren zu eröffnen hat, sobald sie Kenntnis von einer möglichen Straftatbegehung erlangt. Sie hat sodann den Sachverhalt zu erforschen und sowohl be- als auch entlastende Umstände zu ermitteln (s. § 160 StPO). Sie entscheidet auch über den Abschluss des Verfahrens, wobei eine Anklageerhebung bei Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts im Prinzip<sup>1098</sup> verpflichtend ist. Aufgrund dieser starken Verfahrensrolle der Staatsanwaltschaft sind die Teilnahmemöglichkeiten der sonstigen Verfahrensbeteiligten weniger stark ausgeprägt<sup>1099</sup>. So kann beispielsweise das Akteneinsichtsrecht des Verteidigers bis zum Abschluss der Ermittlungen im Falle der Gefährdung des Untersuchungszwecks beschränkt werden (s. § 147 Abs. 2 S. 1 StPO). Ebenso ist das Beweisantragsrecht des Beschuldigten begrenzt (s. §§ 136 Abs. 1 S. 4, 166 StPO). Das Opfer einer Straftat hat im Rahmen des Ermittlungsverfahrens<sup>1100</sup> nur punktuelle Rechte und kann nicht wesentlich auf die Ermittlungen Einfluss nehmen (s. §§ 406d ff. StPO).

Das französische Ermittlungsverfahren hingegen ist von dem Opportunitätsprinzip beherrscht, so dass die Entscheidung der Verfolgung einer Straftat einem weiten Ermessen der Ermittlungsbehörden unterliegt<sup>1101</sup>. Die Geltung des Opportunitätsprinzips führt dabei nicht automatisch zu einer Anerkennung von ausgeprägten Teilnahmerechten der Betroffenen im

---

<sup>1098</sup> Die Strafprozessordnung kennt von dem Anklagegrundsatz einige Ausnahmen, s. §§ 153 ff. StPO, die sich dem Opportunitätsprinzip verschreiben.

<sup>1099</sup> Perron, in Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 105.

<sup>1100</sup> Die Möglichkeit sich als Nebenkläger einem Strafverfahren anzuschließen besteht erst ab Erhebung der öffentlichen Klage, s. § 395 StPO.

<sup>1101</sup> Bouloc, Procédure pénale, Dalloz, Paris, 2017, S. 640; Barth/Koch, in Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands, S. 98.

Laufe des Ermittlungsverfahrens, denn sowohl die Staatsanwaltschaft als auch der „juge d’instruction“ sind dazu verpflichtet, im Falle der Verfahrenseröffnung sowohl be- als auch entlastende Umstände zu ermitteln (Artt. 39-3, 81 Abs. 1 CPP)<sup>1102</sup>. Die französische Rechtsordnung kennt jedoch eine besondere Verfahrensstellung des Opfers einer Straftat, das nicht schutzlos dem weiten Ermessen der Staatsanwaltschaft hinsichtlich Eröffnung und Beendigung eines Strafverfahrens ausgeliefert sein soll. Ihm werden sowohl als „victime“, als auch „partie civile“ (d.h. ab einer förmlichen Beteiligung an dem Strafverfahren) besondere Rechte zugesprochen, um auf die Verfahrenseröffnung sowie die Ermittlungen selbst Einfluss nehmen zu können (s. Artt. 10-2 ff. CPP)<sup>1103</sup>. Die Rechte der anderen Verfahrensbeteiligten, insbesondere der verdächtigen Person und ihres Verteidigers, hängen dann von dem jeweiligen Verfahrensstadium ab. So werden der verdächtigen Person entweder im Rahmen einer „enquête“ ab einer bestimmten Verfahrensdauer (s. Art. 77-2 Abs. 1 CPP) oder mit Eröffnung einer „information“, wenn sich also der Verdacht auf eine Straftat mit erhöhtem Unrechtsgehalt richtet, Teilnahmerechte zugesprochen. In letzterem Fall steigern sich die Rechte mit einem stärker werdenden Verdachtsgrad. So hat die Person „mise en examen“ sehr weite Möglichkeiten Einsicht in die Akte zu nehmen, Beweisanträge zu stellen, usw. Dem „témoin assisté“, gegen den ein einfacher Anfangsverdacht vorliegt, werden im Vergleich weniger starke Rechte zugesprochen. Er kann jedoch die Eröffnung einer „mise en examen“ fordern, um in den Genuss der weiten Teilnahmerechte zu kommen. Der Person „mise en examen“ steht es auch offen ein Jahr nach Verfahrensleitung die Beendigung des Verfahrens zu beantragen (s. Art. 175 CPP). Mithin kann die verdächtige Person im Rahmen einer „information“ ihre Verfahrensstellung und damit die Verfahrensleitung, ihren rechtlichen Schutzzumfang, sowie die Beendigung des Verfahrens mitbestimmen. Die Natur des Verfahrensabschnitts der „information“ wird aus diesem Grund als kontradiktorisch charakterisiert. Die Gewährleistung

---

<sup>1102</sup> Leroy, Procédure pénale, LGDJ, Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 2017, S. 124.

<sup>1103</sup> Boulou, Procédure pénale, Dalloz, Paris, 2017, S. 637; Leblois-Happe, L’Européanisation du droit pénal français depuis le traité de Lisbonne, in Pin, Mémoire et droit pénal en France et en Allemagne, Société de législation comparée, Paris, 2017, S. 118, 119.

eines kontradiktorischen Strafverfahrens ist als wesentliche Prozessgarantie anerkannt (s. Einführungsartikel („article préliminaire“) des CPP)<sup>1104</sup>.

Die schwache Verfahrensstellung des „suspect“ während einer „enquête de police“ steht hingegen im Widerspruch zu den stetig zunehmenden Rechten der Ermittlungsbehörden (s. Artt. 76 Abs. 4, 706-73 ff. CPP). Dem „suspect“ werden nur langsam, oftmals erst aufgrund europäischer Initiativen (s. die Gesetzesänderungen in den Jahren 2014 und 2016) Verfahrensrechte zugesprochen. Jedoch lässt sich feststellen, dass die Einführung kontradiktorischer Elemente immer mehr in den Fokus des französischen Gesetzgebers gerät<sup>1105</sup>. Nichtsdestotrotz lässt sich feststellen, dass die unterschiedliche Ausprägung der Rechte der verdächtigen Person, wie sie heute besteht, nicht gerechtfertigt erscheint, zumal die Eröffnung einer „information“ im Bereich der Vergehensbekämpfung im Ermessen der Staatsanwaltschaft liegt. Dies scheint auch im Widerspruch mit dem Einführungsartikel („article préliminaire“) des CPP zu stehen, der den kontradiktorischen Charakter des Strafverfahrens allgemein als Grundpfeiler eines rechtsstaatlichen Verfahrens nennt.

Dieser Wertungswiderspruch wird sich hingegen im Rahmen einer Rechtshilfeleistung weniger deutlich zeigen, da die Vollstreckung von eingriffsstarken Zwangsmaßnahmen im Grunde in den Zuständigkeitsbereich des „juge d’instruction“ fällt und folglich die Vorschriften einer „information“ Anwendung finden. Somit folgt die Rechtshilfe für einen ausländischen Staat der einstigen klassischen Konzeption des französischen Ermittlungsverfahrens.

#### cc) Anspruch auf rechtliches Gehör im Ermittlungsverfahren

Der Anspruch auf rechtliches Gehör zeichnet sich im deutschen Ermittlungsverfahren insbesondere im Rahmen der Effektivität des Rechtsschutzes im Sinne eines Anspruchs auf eine wirksame gerichtliche Kontrolle aus (Art. 19 Abs. 4 GG). Demnach besteht ein weites Recht eine gerichtliche Entscheidung bezüglich der Anordnung und Vollstreckung einer Ermittlungsmaßnahme zu beantragen (s. §§ 98 Abs. 2, S. 2 direkt oder analog, 304 StPO).

---

<sup>1104</sup> Vergès, Procédure pénale, LexisNexis, Paris, 2017, S. 37.

<sup>1105</sup> Leroy, Procédure pénale, LGDJ, Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 2017, S. 123, 124 (Rn 192); Pradel, Procédure Pénale, Cujas, Paris, 2017, S. 607, 608.

Dieses weite Recht steht im Gegensatz zu den sonst beschränkten Teilnahmemöglichkeiten aufgrund des geltenden Legalitätsgrundsatzes und dient der Kontrolle der Ermittlungsbehörden.

In Frankreich kennt der Anspruch auf rechtliches Gehör eine besondere Ausprägung im Rahmen einer „information“ im Sinne eines Rechts auf gerichtliches bzw. richterliches Gehör. Es kann einerseits die „Chambre de l’instruction“, eine gerichtliche Kammer, die allein mit der Überprüfung der Entscheidungen im Rahmen einer „information“ betraut ist, angerufen werden (s. Art. 170 ff. CPP), andererseits hat sowohl eine Person „mise en examen“ als auch ein „témoin assisté“ und eine „partie civile“ das Recht auf Anhörung durch einen „juge d’instruction“ (s. Artt. 82-1 Abs. 1, 113-6, 152 Abs. 2 S. 1, 2, 175 CPP)<sup>1106</sup>. Im Rahmen einer „enquête“ bestehen hingegen kaum Möglichkeiten der Verfahrensbeteiligten ein Gericht oder einen Richter anzurufen. Die damit einhergehenden Auswirkungen auf das Rechtshilferecht werden noch weiter unten thematisiert.

*Zusammenfassend* lässt sich feststellen, dass der kontradiktorische Moment im Rahmen der nationalen Ermittlungsverfahren eine unterschiedliche Rolle einnimmt. Der Grundsatz wird in Frankreich vor allem im Rahmen einer „information“ als wesentliches Element eines rechtsstaatlichen Verfahrens angesehen. Im Rahmen einer „enquête“ hingegen finden sich nur beschränkte Teilnahmemöglichkeiten. In Deutschland findet er im Prinzip seine Begrenzung durch den geltenden Legalitätsgrundsatz. Eine vergleichbare Stellung wie es der Einführungsartikel zum CPP beweist, beansprucht der Grundsatz im deutschen Verfahren nicht.

Diese unterschiedlichen Konzeptionen der Verfahrensgestaltung spiegeln sich auch bei der Umsetzung der RL wieder. Art. 1 Abs. 3 RL sieht vor, dass die „*verdächtige oder beschuldigte Person*“ (deutsche Fassung) bzw. „*un suspect ou une personne poursuivie*“ (französische Fassung) eine EEA entsprechend den nationalen Vorschriften beantragen können soll. Das deutsche Umsetzungsgesetz hat keine Regelung in das IRG eingeführt, die sich mit einem solchen Antragsrecht befasst. So gelten die allgemeinen Verfahrensvorschriften der StPO bezüglich des Beweisantragsrecht. In Frankreich hingegen wurde in dem neu eingeführten

---

<sup>1106</sup> Binet-Grosclaude, *L’avant-procès pénal: étude comparée Angleterre-France*, Bruylant, Bruxelles, 2011, S. 220.

Art. 694-20 Abs. 2 CPP ausdrücklich vorgesehen, dass im Rahmen der jeweils geltenden Vorschriften (s. für das Ermittlungsverfahren die Artt. 77-2, 82-1 CPP) die berechtigten Personen (d.h. der „suspect“, wenn die „enquête“ länger als 1 Jahr dauert, das Opfer einer Straftat, sowie die Verfahrensparteien) auch einen Antrag auf Anordnung einer EEA stellen können.

#### d) Befugnisse der Ermittlungsbehörden im Rahmen der Anordnung einer EEA

In Deutschland obliegt der Staatsanwaltschaft grundsätzlich die Befugnis alle Maßnahmen zur Wahrheitsermittlung vorzunehmen, unabhängig von der in Verdacht stehenden Straftat (s. Ermächtigungsgeneralklausel aus § 161 Abs. 1 S. 1 StPO). Jedoch bedürfen eingriffsintensive Zwangsmaßnahmen einer besonderen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, sowie der Zustimmung eines Ermittlungsrichters. Zudem können die Maßnahmen zusätzlich von dem Vorliegen eines Verdachts bezüglich einer besonderen Katalogtat abhängen (s. bspw. § 100a StPO). Die Anordnung einer Ermittlungsmaßnahme setzt dabei lediglich einen Anfangsverdacht voraus. Diese Vorbehalte gelten auch im Rahmen der Anordnung einer EEA. Das IRG verweist insoweit auf die StPO, s. §§ 91 Abs. 1, 77 Abs. 1 IRG.

In Frankreich hängt die Weite der Kompetenzen der Ermittlungsbehörden von dem Ermittlungsrahmen ab. Das Recht, Zwangsmaßnahmen innerhalb einer „enquête“ anzuordnen, ist grundsätzlich beschränkt. Einige Ermittlungsmaßnahmen (so die TKÜ oder Wohnraumüberwachung) kommen im Prinzip überhaupt nicht in Betracht. Zulässige Zwangsmaßnahmen hingegen bedürfen einer speziellen gesetzlichen Grundlage. Zudem muss der Anordnung eine besonders schwere Straftat zugrunde liegen und ist von einer Bewilligung des JLD abhängig (s. bspw. die Anordnung einer Durchsuchung gem. Art. 76 Abs. 4 CPP).

Im Rechtshilfeverkehr gelten die Beschränkungen für die französische Anordnungsbehörde im Rahmen einer laufenden „enquête“ in Gestalt des Verbots des „forum shopping“ gleichermaßen. Hinsichtlich des Richtervorbehalts gilt im Rahmen der Anordnung einer EEA die Besonderheit, dass die Bewilligungszuständigkeit des JLD auf einen ausländischen Richter

übertragen wurde (s. Art. 694-20 Abs. 3 CPP). Damit spielt der JLD im Rechtshilfeverkehr auch im Rahmen der Anordnung keine Rolle.

Im Rahmen einer „information“ hat der „juge d’instruction“ die Befugnis alle dem CPP bekannten Maßnahmen anzuordnen. Zwangsmaßnahmen können auf die Generalbefugnis aus Art. 81 Abs. 1 CPP gestützt werden; so auch im Rahmen von ausgehenden EEAen.

Eine Erweiterung der Kompetenzen, sowohl im Rahmen der „enquête“ als auch der „information“, sehen zudem Spezialregelungen vor, die im Falle der Bekämpfung besonders schwerer Kriminalitätsformen (z.B. organisierte Kriminalität, s. Artt. 706-73 ff. CPP) Anwendung finden. Diese ändern nichts an der ursprünglichen Kompetenzverteilung zwischen Staatsanwaltschaft und Untersuchungsrichter. Sie erweitern jedoch die Anordnungsmöglichkeit einer Maßnahme im Rahmen einer „enquête“ (TKÜ, s. Art. 706-95 CPP) oder erweitern den Vollstreckungsrahmen gewisser Ermittlungsmaßnahmen, sowohl im Rahmen einer „enquête“ als auch einer „information“ (z.B. erweiterte Nachtzeiten im Rahmen einer Durchsuchung, s. Artt. 706-89 ff. CPP). Gleichzeitig werden gewisse Prozessgarantien zugunsten der Wahrheitsermittlung beschränkt (Aussetzung des Rechts auf Verteidigung, s. Art. 706-88 Abs. 6 CPP). Dieser Mechanismus zeigt, dass das staatliche Interesse an der Wahrheitsermittlung in diesen Verfahrensstadien eine allgemeine Priorität besitzt. Die Artt. 706-73 ff. CPP nehmen eine echte Sonderstellung in der französischen Rechtsordnung ein.

*Zusammenfassend* lassen sich für diesen Abschnitt folgende Feststellungen treffen:

In Frankreich unterliegt das Ermittlungsverfahren seit Anfang des 21. Jahrhunderts einem stetigen und starken Wandel. Dabei nehmen politisch motivierte Entscheidungen eine wichtige Rolle in der Entwicklung und Gestaltung des Strafverfahrens ein. Die Sondervorschriften zur effektiven Bekämpfung besonderer Kriminalitätsformen stellen eine unmittelbare Reaktion auf jüngste Vorkommnisse, wie das Terrorismusaufkommen dar, die ein verstärktes Sicherheitsbedürfnis in der Bevölkerung hervorgerufen haben. Die dadurch verursachten gesetzlichen Wandlungen vermögen sich nicht in die klassische Grundkonzeption des CPP einzufügen. Insbesondere verliert der Verfahrensabschnitt der „enquête“ an Konturen. In der



französischen Literatur wird daher schon seit einigen Jahren eine einheitliche Reform des Strafverfahrens gefordert. Ein Gesamtkonzept fehlt bislang<sup>1107</sup>. Die Anregungen, das Verfahrensstadium der „information“ zu streichen, bzw. die Befugnisse des „juge d’instruction“ zu begrenzen<sup>1108</sup>, wurden im Rahmen einer Rechtshilfeleistung sogar ins Gegenteil verkehrt.

Das deutsche Ermittlungsverfahren ist weniger stark von solch politischen Einflussnahmen betroffen. Es wird strukturell sowohl an dem Legalitätsprinzip als auch den gleichförmigen Rechten der Verfahrensbeteiligten ab Eröffnung des Ermittlungsverfahrens festgehalten. Ob die erhöhten Sicherheitsbedenken, die durch das terroristische Aufkommen in Europa zu verzeichnen sind, eine politische Beeinflussung von anderen Bereichen des Strafverfahrens

---

<sup>1107</sup> Der Gesetzesentwurf „Projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022“ (<https://www.cnb.avocat.fr/sites/default/files/documents/lpj.pdf>) (Stand 17.03.2018) des französischen Justizministeriums („Ministère de la Justice“), nunmehr in Gesetzesform (Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (1), JORF n°0071 du 24 mars 2019, Text Nr. 2), kündigt sich zwar als tiefgreifende Reform auch des Strafprozesses an. Er hat jedoch kaum Auswirkungen auf die hier getroffenen Feststellungen zum französischen Recht. Die zweidimensionale Kompetenzverteilung zwischen einem Staatsanwalt und dem „juge d’instruction“ im Rahmen einer „enquête“ beziehungsweise „information“ wird beibehalten, ebenso die Spezialermächtigungen der Artt. 706-73 ff. CPP. Auch werden die Rechte des Beschuldigten im Rahmen einer „enquête“ nicht insgesamt reformiert. Es werden punktuelle Änderungen im Rahmen der „information“ vorgesehen. Diese sind im Folgenden darzustellen, soweit sie sich auf die hier getroffenen Ausführungen zum französischen Recht auswirken, wobei darauf hinzuweisen ist, dass sie keinen Einfluss auf die praktischen Umsetzungsschwierigkeiten der RL und folglich auf die hier getroffene Zusammenfassung haben werden.

So wird Art. 434-15-1 CP, der das Nichterscheinen und Nichtaussagen eines Zeugen vor dem „juge d’instruction“ unter Strafe stellt, dahingehend erweitert, dass auch das Nichterscheinen eines Zeugen vor einem OPJ, der im Rahmen einer „commission rogatoire“ tätig wird, strafbar ist. Zudem sieht der Gesetzesentwurf vor, dass die Teilnahmemöglichkeiten einer Person „mise en examen“ an Ermittlungsmaßnahmen, die von ihr beantragt wurden, begrenzt werden sollen. Dies soll dem Zeugenschutz dienen. Zudem sind Änderungen der „détention provisoire“ vorgesehen. Diese Änderungen haben weder keinen Einfluss auf die Natur noch die Ausgestaltung des Verfahrensabschnitts der „information“.

<sup>1108</sup> Einen guten Überblick über die Gründe (insbesondere das Problem der Gewaltenteilung, wenn ein Richter gleichzeitig ermitteln und Recht sprechen soll) und ihre Vertreter findet sich in Guinchard/Buisson, Procédure pénale, LexisNexis, Paris, 2014, S. 151 ff., sowie in Leroy, Procédure pénale, LGDJ, Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 2017, S. 120 ff.

oder des materiellen Strafrechts bedingt haben (z.B. durch die Vorverlagerung der Strafbarkeit in das Versuchsstadium<sup>1109</sup>), ist im Rahmen dieser Arbeit nicht untersucht worden.

## **2. Die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens**

Das strafrechtliche Ermittlungsverfahren zeichnet sich durch den Konflikt zwischen dem staatlichen Interesse der Tatabklärung einerseits und dem Recht des Verdächtigen auf ein faires Verfahren andererseits aus. Es kann festgestellt werden, dass sowohl die deutsche als auch französische Rechtsordnung zur Schaffung einer Waffengleichheit einen Ausgleich zwischen diesen Positionen herzustellen suchen, indem die Kompetenzen der Strafverfolgungsbehörden bestimmten Schranken unterlegt werden. Dabei hat jedoch die rechtsvergleichende Untersuchung gezeigt, dass die konkrete Ausgestaltung eines rechtsstaatlichen Verfahrens in Deutschland und Frankreich unterschiedlich ausfallen kann, sodass sich Umsetzungsschwierigkeiten im Rahmen der Anordnung und Vollstreckung einer EEA ergeben können.

### a) Absolute Schranken der Beweiserhebung

Den Rechtsordnungen ist gemein, dass die Kompetenzen der Strafverfolgungsbehörden bestimmten absoluten Schranken unterliegen. Unter absoluten Schranken versteht man, dass die Anordnung bestimmter Ermittlungsmaßnahmen per se ausgeschlossen ist. Diesen wurde auch bei der Umsetzung der RL einerseits durch den weiten Vorbehalt des Verbots des „forum shopping“ bei ausgehenden Ersuchen, andererseits bei eingehenden Ersuchen auf Zulässigkeitsstufe durch Verweisungen auf das nationale Recht in Deutschland (§ 91b IRG) oder durch das Vorsehen eines Versagungsgrundes im Rahmen der Bewilligungsprüfung in Frankreich (Katalog aus Art. 694-31 CPP) und den Schranken des Grundsatzes des „forum regit actum“ durch die Berücksichtigung wesentlicher Grundprinzipien der jeweiligen

---

<sup>1109</sup> Zu diesem Thema ausführlich (im Kontext der Diskussion um die Einführung eines sog. Feindstrafrechts), Jäger, in *Mémoire et droit pénal en France et en Allemagne*, S. 173, wobei es sich bei diesem Beitrag um die verkürzte, ins Französische übersetzte Fassung handelt. Der ausführliche Beitrag des Verfassers findet sich in der Festschrift für Roxin, 2011, S. 71 ff.

Rechtsordnungen im Rahmen der Vollstreckungshandlung (s. § 91h IRG und Art. 694-36 CPP) Rechnung getragen.

Das deutsche Recht kennt punktuelle Beweiserhebungsverbote zum Schutz von bestimmten Berufsheimnisträgern. Ermittlungsmaßnahmen gegen Geistliche, Verteidiger, Rechtsanwälte und Parlamentarier sind gem. § 160a Abs. 1 StPO immer dann verboten, wenn sie darauf gerichtet sind, aufzudecken, was diesen Personen im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit zur Kenntnis gekommen ist. Der Schutz von Berufsheimnisträgern wird durch das Beschlagnahmeverbot in § 97 StPO flankiert. Der Beschlagnahmeschutz geht weiter als § 160a Abs. 1 StPO und bezieht auch Notare, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Ärzte, Psychotherapeuten, Apotheker, Hebammen und Mitarbeiter von Beratungsstellen mit ein. Dem absoluten Beschlagnahmeverbot unterliegen zudem Mitteilungen, die zwischen einem Beschuldigten und einem nahen Angehörigen iSv § 52 StPO gewechselt wurden. So entfaltet auch der Schutz der Familie (s. Art. 6 GG, Art. 8 EMRK) eine absolute Schranke für die Ermittlungsbehörden. Hinsichtlich der Beschuldigtenvernehmung sind außerdem die verbotenen Vernehmungsmethoden in § 136a StPO zu beachten.

Das französische Recht kennt ebenso vereinzelte, absolute Ermittlungsschranken. Darunter fallen das Verbot eine Person „mise en examen“ als Zeugen zu hören (Art. 105 CPP), somit der Schutz der Selbstbelastungsfreiheit im Falle eines sehr starken Verdachtsgrads bezüglich einer Straftat mit hohem Unrechtsgehalt. Des Weiteren ist die absolute Zeugnisunfähigkeit gewisser Berufsheimnisträger, sowie das Beschlagnahmeverbot von Verteidigerunterlagen zu nennen.

*Zusammenfassend* lässt sich feststellen, dass die Rechtsordnungen sehr restriktive absolute Schranken der Ermittlungsbefugnisse der Strafverfolgungsbehörden vorsehen. Der staatlichen Wahrheitsermittlung sollen folglich nur in engen Grenzen *a priori* Grenzen gesetzt werden.

Den Rechtsordnungen ist gemein, dass jeweils bestimmte Berufsheimnisträger von diesem Schutz profitieren.

#### b) Relative Schranken der Beweiserhebung

In den Strafverfahrensordnungen finden sich vermehrt relative Schranken der Kompetenzen der Ermittlungsbehörden. Unter relativen Schranken versteht man dabei, dass die Ermittlungsbehörden grundsätzlich alle Maßnahmen, die zur Wahrheitsermittlung erforderlich sind, anordnen und vollstrecken dürfen, diese aber stets im Einklang mit den Prozessgrundsätzen stehen müssen. Diese können sich sowohl aus der Verfassung (s. bspw. das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Ausfluss des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 GG), als auch aus den Strafprozessordnungen selbst ergeben (in Frankreich enthält z.B. der Einleitungsartikel („article préliminaire“) zum CPP die wesentlichen Verfahrensmaximen). Diese Verfahrensgarantien als Grundpfeiler der nationalen Verfahrensordnungen gilt es auch im Rahmen einer EEA-Vollstreckung zu beachten, da eine Rechtshilfeleistung nicht im Widerspruch zu den wesentlichen Prinzipien der Rechtsordnung des Vollstreckungsstaates stehen darf. Zudem spielt die Einhaltung der wesentlichen Verfahrensprinzipien eine entscheidende Rolle bei der Beurteilung des Beweiswerts bzw. der Verwertbarkeit eines im Ausland erhobenen Beweismittels. Die relativen Schranken sind somit stets Ausdruck eines Abwägungsvorganges.

Es lässt sich vorab feststellen, dass die Strafprozessordnungen überwiegend die gleichen Grundsätze eines rechtsstaatlichen Verfahrens im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens kennen, nicht abschließend sei genannt: die Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten („nemo tenetur“-Grundsatz), das Recht auf einen Verteidiger, der Schutz des besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen einem Beschuldigten und bestimmten Berufsheimnisträgern, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, sowie die Achtung der Privatsphäre.

Nichtsdestotrotz zeigt der Vergleich des deutschen und französischen Ermittlungsverfahrens Unterschiede hinsichtlich der Anerkennung besonderer Verfahrensgarantien. So kennt das französische Ermittlungsverfahren beispielsweise keinen besonderen Schutz der Familie; im

deutschen Verfahrensrecht hingegen steht der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens nicht im Vordergrund der Ermittlungsleitung.

Ein weiterer Unterschied besteht in der Ausgestaltung der Weite der Verfahrensgrundrechte, somit im konkreten Abwägungsergebnis. Es lassen sich zunächst allgemeine, konzeptuelle Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsordnungen erkennen, die auf das Abwägungsergebnis einwirken.

Ein Unterschied zeigt sich in Bezug auf den Umgang mit der zeitlichen Komponente, sowie dem Zweck einer Eingriffshandlung zur Sicherung eines Strafverfahrens. Das französische Recht kennt einen Vorrang der Beweissicherung, wenn die Maßnahme einem zeitlich stark begrenzten Zeitrahmen unterfällt. Diese allgemeine Haltung des französischen Rechts zeigt sich schon im Rahmen der „enquête de flagrance“. Ein weiteres Beispiel stellt der staatliche Freiheitsentzug in Form der „garde à vue“ dar. Diese Maßnahmen dienen primär der Sicherung der effektiven Durchführung des Strafverfahrens. Diese Zielsetzung kann es dabei gleichzeitig gebieten, dass besondere Verfahrensrechte ausgesetzt werden (so das Recht auf Verteidigung im Rahmen einer „garde à vue“, s. bspw. Art. 63-4 Abs. 7 CPP oder das Recht auf Belehrung eines suspect, der sich der Strafverfolgung entziehen wollte, s. Art. 61-1 Abs. 4 CPP).

In Deutschland kann die Beweissicherung zwar ebenfalls eine Rolle im Rahmen der Beweiserhebung spielen, wie dies die Figur der „Gefahr in Verzug“ zeigt. Es handelt sich dabei jedoch immer nur um ein punktuelles Ereignis und bezieht sich auf eine konkrete Maßnahme. Es gibt kein gesondertes Verfahren, das allein der Beweissicherung dient. Wie die Notwendigkeit der Einrichtung von richterlichen Nachtrufen zeigt, ist der Begriff „Gefahr in Verzug“ zudem sehr restriktiv auszulegen<sup>1110</sup>. Darüber hinaus führt die Bejahung von Gefahr in Verzug zwar zu einer Kompetenzerweiterung der Staatsanwaltschaft und der Polizei, beziehungsweise zu einer Erleichterung von bestimmten Verfahrensvorschriften (s. Nachtzeiten für Durchsuchungen, § 104 Abs. 1 StPO), aber eine Verkürzung von Verfahrensrechten geht damit nicht einher. Der Beweissicherung wird somit im Gegensatz zu

---

<sup>1110</sup> BVerfG, Urt. v. 20.02.2001, 2 BvR 1444/00, BVerfGE 103, 142.

dem französischen Recht trotz der besonderen zeitlichen Komponente des Eingriffs kein absoluter Vorrang eingeräumt.

Ein weiterer Unterschied zeigt sich im französischen Verfahrensrecht in Bezug auf den Vorrang der staatlichen Wahrheitsermittlung im Rahmen der Bekämpfung besonderer Kriminalitätsformen, so der organisierten Kriminalität oder des Terrorismus. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass diese Kriminalitätsformen gleichzeitig auch einen Angriff gegen die staatliche Ordnung darstellen. Der Verdacht bezüglich einer solchen Straftat kann somit die Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden erweitern und gleichzeitig besondere Verfahrensgrundrechte beschränken (beispielsweise das Recht auf Verteidigung aussetzen). Das deutsche Recht hält zwar ebenfalls besondere Ermittlungsmaßnahmen zur Aufdeckung bestimmter Katalogtaten vor (s. §§ 100a ff. StPO), aber eine mögliche Aussetzung von Verfahrensgrundrechten geht damit allerdings nicht einher. Zudem gilt das Vorsehen eines Straftatenkatalogs als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und somit vielmehr als eine Beschränkung der Ermittlungsbefugnisse als deren Erweiterung.

Nachdem diese allgemeinen Feststellungen getroffen wurden, lässt sich bezüglich einzelner Verfahrensrechte folgendes feststellen:

#### aa) Das Recht auf Verteidigung

Es lässt sich feststellen, dass sowohl die deutsche, als auch französische Strafprozessordnung dem Verteidiger der verdächtigen Person eine (mehr oder weniger) aktive Rolle im Verlauf eines Ermittlungsverfahrens zusprechen. Im Rahmen des französischen Verfahrens spielt dabei das Verfahrensstadium eine entscheidende Rolle für den Umfang des Rechts auf Verteidigung.

In zeitlicher Hinsicht ist die Information des Beschuldigten über sein Recht auf Bestellung eines Verteidigers für die effektive Geltendmachung ausschlaggebend. Diese Belehrung erfolgt sowohl in Deutschland, wie auch in Frankreich zum Zeitpunkt der ersten Vernehmung der Person gegen die sich das Ermittlungsverfahren richtet. Eine Ausnahme sieht das französische Recht im Rahmen einer „enquête“ vor, wenn sich der Verdacht auf eine Straftat, die nicht mit einer Freiheitsstrafe belegt ist, richtet (s. Art. 61-1 Abs. 1 Nr. 5 CPP). Das Recht auf

Verteidigung kann somit beschränkt werden, wenn sich die in Verdacht stehende Straftat durch einen geringen Unrechtsgehalt auszeichnet. Eine weitere Ausnahme von der Belehrungspflicht im Rahmen einer „enquête“ gilt für den Fall, dass sich der Beschuldigte der Vernehmung entziehen wollte (s. Art. 61-1 Abs. 4 CPP). Die Rechte des Betroffenen können damit auch von seiner Kooperationsbereitschaft und dem Schutz der staatlichen Strafverfolgung abhängen<sup>1111</sup>.

Die Stärkung des Rechts auf Verteidigung im französischen Vorverfahren kann auf eine europäische Initiative zurückgeführt werden. So hat erst die Umsetzung der RL 2012/13/EU<sup>1112</sup> im Jahre 2014 die Belehrungspflicht hinsichtlich des Rechts auf Verteidigung in den Verfahrensabschnitt der „enquête“ für die „audition libre“ eingeführt. Im Rahmen der Beschuldigtenvernehmung ist nunmehr die Belehrung über das Recht auf einen Verteidiger als Grundpfeiler eines fairen Verfahrens im Sinne des Art. 6 EMRK in beiden Rechtsordnungen verankert. Die europäische Initiative hat folglich die Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen im Sinne eines Mindeststandards bedingt. Somit wird auch im Rahmen einer deutsch-französischen Rechtshilfe, gerichtet auf eine Beschuldigtenvernehmung, die Belehrung über das Recht auf die Bestellung eines Verteidigers keine Umsetzungsprobleme bereiten.

Die Bedeutung des Verteidigers hängt sodann davon ab, welche Einwirkungsmöglichkeiten ihm im Laufe des Verfahrens zugesprochen werden. Die Kenntnis von und die Teilnahme an gewissen Ermittlungsmaßnahmen spielen hierfür eine wesentliche Rolle. Dabei stellt die Beschuldigtenvernehmung ein wesentliches Moment dar, welches durch eine Einlenkung des Verteidigers beeinflusst werden kann. Es lässt sich feststellen, dass sowohl die deutsche als auch die französische Rechtsordnung grundsätzlich ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers während der Vernehmung einer verdächtigen Person vorsehen. In Deutschland wird der Verteidiger zudem stets (informell) über den Termin benachrichtigt. Eine Ausnahme von der Benachrichtigungspflicht ergibt sich nur dann, wenn der Erfolg der Untersuchungshandlung

---

<sup>1111</sup> Dies könnte einen Eingriff in die Unschuldsvermutung darstellen. Eine Auseinandersetzung mit dieser Problematik findet sich in der Literatur hingegen nicht.

<sup>1112</sup> Richtlinie 2012/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.05.2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren, Amtsbl. Nr. L142 v. 01.06.2012, S. 1 ff.

eine vorherige Benachrichtigung verbietet. Das Anwesenheitsrecht selbst kann jedoch nicht beschränkt werden. Eine Anwesenheitspflicht kennt die StPO nicht.

Das französische Recht geht zunächst ebenfalls von einem allgemeinen Anwesenheitsrecht des Verteidigers während einer Beschuldigtenvernehmung (sowohl im Rahmen einer „enquête“, als auch „information“) aus. Das Recht auf Verteidigung geht aber im Rahmen einer „information“ über das einfache Anwesenheitsrecht hinaus, wenn es im Rahmen einer „première comparution“ eine ausnahmslose Anwesenheitspflicht des Verteidigers vorsieht.

Das französische Recht kennt gleichzeitig, in Konformität mit den europäischen Vorgaben, eine echte Schranke des Rechts auf Verteidigung im Falle der freiheitsentziehenden Maßnahme der „garde à vue“ und zur Bekämpfung bestimmter Kriminalitätsformen. In diesen Sonderfällen können die Teilnahme des Verteidigers und damit das Recht auf Verteidigung ausgesetzt werden. Das Bedürfnis nach einer effektiven Kriminalitätsbekämpfung geht dann der Herstellung einer Waffengleichheit vor.

Diese unterschiedliche Ausgestaltung des Rechts auf einen Verteidiger spielt wie oben gesehen im Rechtshilfeverkehr eine Rolle, da die Verletzung der jeweiligen nationalen Vorschriften für die Verwertbarkeit des im Ausland erhobenen Beweismittels eine entscheidende Rolle spielen kann. So kann es in einem französischen Strafverfahren für die Verwertbarkeit des Vernehmungsprotokolls bedeutend sein, ob die Anwesenheitspflicht des Verteidigers im Rahmen einer in Deutschland vorgenommenen „première comparution“ eingehalten wurde. In einem deutschen Strafverfahren hingegen könnte sich die, nach französischem Recht zulässige, Beschränkung des Anwesenheitsrechts des Verteidigers negativ auf die Verwertbarkeit eines Vernehmungsprotokolls auswirken. Folglich gehen aufgrund der unterschiedlichen nationalen Rechtslagen während einer Beschuldigtenvernehmung bestimmte Informations- und Rücksichtspflichten der Anordnungs- und Vollstreckungsbehörde einher (s.a. unter Punkt B. II. 1. c) bb) ddd), sowie cc) ddd). Dieser Umstand behindert jedoch den reibungslosen



und effizienten Ablauf der Rechtshilfe, da die Berücksichtigung unterschiedlicher nationaler Rechtslagen mit einer erhöhten Fehleranfälligkeit der Vollstreckungshandlung einhergeht.

Der Umfang des Rechts auf Verteidigung zeigt sich auch im Rahmen der Teilnahmemöglichkeit an anderen Maßnahmen als der Beschuldigtenvernehmung.

Anhand der untersuchten Ermittlungsmaßnahmen zeigt sich im deutschen Recht ein, durch eine informelle Benachrichtigung garantiertes, Anwesenheitsrecht im Rahmen einer richterlichen Zeugenvernehmung. Wie schon oben gesehen können richterliche Vernehmungsprotokolle im Sinne einer Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes in erweiterter Form in der Hauptverhandlung verlesen werden. Dem Beschuldigten, der dann in der Hauptverhandlung nicht mehr auf den Inhalt der protokollierten Vernehmung Einfluss nehmen kann, wird im Ermittlungsverfahren die Möglichkeit gegeben, dem Zeugen Fragen zu stellen. Die Anwesenheit des Beschuldigten kann ausgeschlossen werden, wenn dies aus Zeugenschutzgründen angezeigt ist oder er sich in Haft befindet (s. § 168c Abs. 3, 4 StPO). An der Vernehmung kann dann nichtsdestotrotz der Verteidiger teilnehmen. Zur Wahrung des Untersuchungszwecks kann zwar seine Benachrichtigung von dem Termin unterbleiben (s. Abs. 5); wenn der Verteidiger jedoch auf andere Weise von dem Termin Kenntnis erlangt, darf er an diesem teilnehmen.

Das französische Recht kennt eine Ladungspflicht oder ein explizites Anwesenheitsrecht des Verteidigers während einer Zeugenvernehmung trotz der überwiegenden Schriftlichkeit des Hauptverfahrens nicht. Jedoch steht dem Beschuldigten sowohl im Rahmen einer „enquête“ als auch einer „information“ ein Recht auf Konfrontation zu (s. Artt. 63-4-3, 77-2, 82-1, 113-3, 120 CPP). Er kann somit eine Zeugenvernehmung bewirken und während der Vernehmung von seinem Verteidiger begleitet werden. Dieses Recht auf Konfrontation unterliegt jedoch Schranken. Im Rahmen einer „information“ hat die Person „mise en examen“, sowie der „témoin assisté“ ein explizites Recht eine Konfrontation mit einem Zeugen zu beantragen (s. Artt. 82-1, 113-3 CPP). Jedoch liegt es im Ermessen des Untersuchungsrichters, ob dem Antrag stattgegeben wird. Wenn dem Antrag nicht stattgegeben wird, ist die Entscheidung zu begründen und der Beschuldigte kann hiergegen einen Rechtsbehelf einlegen. Das Gesetz regelt

nicht, wann der Untersuchungsrichter den Antrag ablehnen kann. Eine Ablehnung des Beweisantrags kommt zum Beispiel in Betracht, wenn durch die Konfrontation eine Gefahr für den Zeugen begründet wird. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass der CPP Möglichkeiten des Zeugenschutzes vorsieht (bspw. die Anonymisierung des Zeugen durch Vernehmung auf Distanz und mit Stimmverzerrung). Der CPP enthält hierzu eigens einen Abschnitt („*De la protection des témoins*“) in den Artt. 706-57 ff., die teilweise erst bei Vergehen mit einer Mindestfreiheitsstrafe von 3 Jahren oder Verbrechen Anwendung finden (s. bspw. Art. 706-58 CPP). Der Untersuchungsrichter hat bei der Entscheidung über den Antrag auf eine Zeugenkonfrontation diese Zeugenschutzalternativen zu berücksichtigen. Dem „suspect“ hingegen steht kein explizites Recht eine Konfrontation zu beantragen zu. Das Gesetz spricht ihm jedoch allgemein das Recht Beweisanträge zu stellen zu, wenn das Verfahren eine bestimmte Dauer überschreitet (s. Art. 77-2 (I) CPP). Somit kann der „suspect“ dann auch die Konfrontation mit einem Zeugen beantragen. Die Bewilligung des Antrags liegt im Ermessen der Staatsanwaltschaft (s. Art. 77-2 (III) S. 2 CPP). Der Staatsanwalt ist nicht verpflichtet die Ablehnung des Antrags zu begründen. Dem „suspect“ stehen zudem keine Rechtsbehelfe gegen eine ablehnende Entscheidung offen. Der Staatsanwalt kann die Konfrontation ablehnen, wenn sie nach seinem Ermessen der Wahrheitsfindung nicht dienlich ist oder beispielsweise Zeugenschutzaspekte entgegenstehen.

Das Fragerecht der verdächtigen Person, das von Art. 6 EMRK geschützt ist, wird in den nationalen Rechtsordnungen somit auf unterschiedliche Weise garantiert und ausgestaltet. Dieser Umstand wirkt sich wiederum auf die sonstige Rechtshilfe aus, da die deutschen Behörden im Falle der Anordnung einer richterlichen Zeugenvernehmung im Ausland stets auf die Einhaltung der Benachrichtigungspflicht des Beschuldigten und seines Verteidigers achten müssen, um ein voll verwertbares Vernehmungsprotokoll zu erhalten.

*Zusammenfassend* kann festgehalten werden, dass das Recht auf Verteidigung im Ermittlungsverfahren nach deutschem Verständnis gleichförmig ausgestaltet ist, unabhängig von dem bestehenden Verdachtsgrad, der Schwere der Straftat, der Länge des Verfahrens, etc. In Frankreich hingegen zeichnet sich der Umfang des Rechts auf Verteidigung durch eine stete

Abwägung anhand dieser Kriterien aus. Europäische Initiativen konnten die unterschiedlichen nationalen Rechtsordnungen dabei nur partiell und auf ein Minimum harmonisieren. Die europäischen Maßnahmen haben insbesondere in Frankreich einen Wandel bedingt, da der „suspect“ in den Fokus der Rechtsstaatlichkeitserwägungen gerückt wurde. Die Erweiterung der Rechte des „suspect“ fügt sich dabei im Prinzip nicht in die traditionelle Grundkonzeption des CPP ein<sup>1113</sup>. Die unterschiedlichen nationalen Konzepte erschweren dabei eine flüssige Rechtshilfe und können bei einer unzureichenden Kommunikation und Kooperation von Anordnungs- und Vollstreckungsbehörde ein im Anordnungsstaat unverwertbares Beweismittel produzieren.

#### bb) Das Recht auf einen Übersetzer

In beiden Verfahrensordnungen besteht für den Fall, dass die verdächtige Person der nationalen Verfahrenssprache nicht mächtig ist, ein unbeschränkbares Recht des Beschuldigten auf einen Übersetzer. Die Verankerung dieses Rechts in den nationalen Rechtsordnungen geht auf eine europäische Richtlinie<sup>1114</sup> zurück, die folglich zu einer Harmonisierung der nationalen Verfahrensvorschriften geführt hat<sup>1115</sup>. Die Harmonisierung der Rechtsordnungen vereinfacht folglich auch eine Rechtshilfeleistung, da in beiden Ländern die gleichen rechtlichen Standards gelten.

#### cc) Der „nemo tenetur“-Grundsatz

Das Recht des Beschuldigten nicht gegen sich selbst aussagen zu müssen stellt eine wesentliche Schranke der Befugnisse der Ermittlungsbehörden dar. Wiederum kann dieses Recht erst dann effektiv geltend gemacht werden, wenn der Betroffene hiervon Kenntnis hat. Es lässt sich

---

<sup>1113</sup> So auch *Leblois-Happe* bezüglich der Umsetzung der Richtlinie 2012/13/EU v. 22.05.2012, die ein Akteneinsichtsrecht des „suspect“ in die „enquête de police“ einführt, damit jedoch im Widerspruch zu der heimlichen und nicht-kontradiktorischen Natur dieses Verfahrensabschnitts steht, *L’Européanisation du droit pénal français depuis le traité de Lisbonne*, in Pin, *Mémoire et droit pénal en France et en Allemagne*, Société de législation comparée, Paris, 2017, S. 125, 126.

<sup>1114</sup> Richtlinie 2010/64/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.10.2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren, Amtsbl. Nr. L 280/1 v. 26.10.2010, S. 1 ff.

<sup>1115</sup> *Leblois-Happe* spricht von einer „sanften“ Harmonisierung, da das Recht auf einen Übersetzer nicht mit den strafverfahrensrechtlichen Konzeptionen in Deutschland und Frankreich in Widerspruch steht. Die Bestellung eines Übersetzters wurde zudem auch schon vor Umsetzung der RL in der Praxis durchgeführt, in *L’Européanisation du droit pénal français depuis le traité de Lisbonne*, in Pin, *Mémoire et droit pénal en France et en Allemagne*, Société de législation comparée, Paris, 2017, S. 123.

feststellen, dass sowohl die deutsche als auch die französische Rechtsordnung eine entsprechende Belehrung in der ersten offiziellen Vernehmung der verdächtigen Person vorsehen, ohne dass hiervon Ausnahmen gemacht werden. Die Belehrung des „suspect“ im Rahmen einer „audition libre“ ist dabei wiederum auf eine europäische Initiative zurückzuführen.

Beiden Rechtsordnungen ist zudem gemein, dass die Anerkennung der rechtlichen Stellung als Beschuldigter eines Strafverfahrens formellen Kriterien unterliegt und die Entscheidung der Ermittlungsbeamten auch gerichtlich überprüft werden kann, um eine Umgehung der damit einhergehenden Rechte (z.B. durch eine Vernehmung als Zeuge) zu vermeiden. So ist eine Person immer dann als Beschuldigter zu hören, wenn sich das Verfahren konkret gegen sie richtet.

Die Kenntnis und die Sicherung des Rechts nicht gegen sich selbst aussagen zu müssen kann jedoch auch außerhalb einer offiziellen Beschuldigtenvernehmung an Bedeutung gewinnen. So kann auch der Zeuge, dessen Tatbeitrag den Ermittlungsbeamten noch unbekannt geblieben ist, ein Interesse an der Kenntnis von dem Recht auf Selbstbelastungsfreiheit haben. Dies gilt umso mehr, wenn ein vormals Beschuldigter ordnungsgemäß als Zeuge gehört wird. Diese Möglichkeit wird in der deutschen Verfahrenspraxis im Rahmen einer Verfahrensabtrennung anerkannt. Das französische Recht kennt in diesem Zusammenhang einzig das ausdrückliche Verbot der Vernehmung einer Person „mise en examen“ als Zeugen. Dessen Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, unterliegt mithin einem absoluten Schutz. Darüber hinaus stellt in der französischen Verfahrenspraxis die Zeugenvernehmung eines „suspect“ oder „témoin assisté“ im Rahmen einer Verfahrenstrennung keine übliche Maßnahme dar. Das Gesetz sieht hier keine Regelung vor. In der Rechtsprechung finden sich nur sehr vereinzelt Ausführungen zu diesem Themenkomplex. Die Literatur schweigt zu diesem Thema.

Das deutsche Recht sieht einen allgemeinen Schutz des Zeugen in Form eines Auskunftsverweigerungsrechts (§ 55 StPO) und eines Eidesverbots des tatverdächtigen Zeugen (§ 60 Nr. 2 StPO) vor. Unabhängig von der Kenntnis der Tatbeteiligung bzw. Verfahrensabtrennung ist eine Zeugenvernehmung, die unter Verletzung der Belehrung

aus § 55 StPO zustande gekommen ist, in dem Verfahren gegen den Zeugen unverwertbar. Der Schutz der Selbstbelastungsfreiheit stellt in diesem Sinne eine absolute Schranke der staatlichen Wahrheitsermittlung in dem deutschen Verfahren dar.

Das französische Recht kennt hingegen keine gesetzliche Ausnahme von der allgemeinen Zeugenpflicht. Der Zeuge wird auch nicht über das Recht sich nicht selbst belasten zu müssen unterrichtet. Der Schutz der Selbstbelastungsfreiheit spielt somit im Rahmen einer Zeugenvernehmung aus französischer Sicht für die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens keine Rolle<sup>1116</sup>. Im Falle einer Verfahrensabtrennung wird die Selbstbelastungsfreiheit des tatverdächtigen Zeugen allein dadurch gesichert, dass Fragen, die im Zusammenhang mit seinem Tatbeitrag stehen („konnex“ sind), nicht gestellt werden dürfen. Zudem ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass eine Verfahrensabtrennung unzulässig ist, wenn die Verfahren eine Einheit bilden. Darüber hinaus wird der Betroffene im Rahmen der Zeugenvernehmung nicht belehrt. Er kann zudem eidlich vernommen werden. Wenn der Betroffene sich in Folge selbst belastet, ist die Aussage auch in dem gegen ihn gerichteten Verfahren verwertbar. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Verfahrenstrennung mit dem Ziel, einen Beschuldigten als Zeugen anhören zu können, keine gängige Verfahrenspraxis in Frankreich darstellt.

Der Schutz der Selbstbelastungsfreiheit des Zeugen war noch nicht Gegenstand einer europäischen Harmonisierungsinitiative. Die Rechtsordnungen zeigen hier einen deutlichen Unterschied auf, der sich auch im Rahmen der Anordnung und Vollstreckung einer EEA zulasten der Verfahrensbeteiligten auswirken kann, wie die obigen Ausführungen unter Punkt B. II. 2 c) gezeigt haben. Insbesondere ist der Grundsatz des „forum regit actum“ kein Garant für den Schutz der nationalen Ausprägungen des „nemo tenetur“-Grundsatzes. Der Vollstreckungsgrundsatz stößt immer dann an seine Grenzen, wenn die ordnungsgemäße Anwendung ausländischen Rechts entweder eine vertiefte tatsächliche Kenntnis des zugrunde liegenden Sachverhalts oder rechtliche Kenntnis des ausländischen Rechts erfordert oder als Ermessensentscheidung ausgestaltet ist, die mit einer Auslegung der Rechtsvorschrift

---

<sup>1116</sup> Kritisch hierzu Catelan, *Témoignage, droits de la défense et périmètre des nullités*, Anmkg. zu Crim., Urt. v. 10.10.2017, Nr. 16-86.874, AJ Pénal, 2017, S. 550 ff.

verbunden ist, wie es beispielsweise der Fall des Auskunftsverweigerungsrechts des § 55 StPO ist. Diese nationalen Unterschiede gehen insbesondere zu Lasten der tatverdächtigen Person.

#### dd) Der Schutz der Privatsphäre

Der Schutz der Privatsphäre ist in der deutschen sowie der französischen Rechtsordnung vor allem im Rahmen von Wohnraumdurchsuchungen zu beachten. Beide Rechtsordnungen kennen ein Verbot von Wohnraumdurchsuchungen zu Nachtzeiten, wobei die französische Rechtsordnung hiervon wieder im Rahmen der Sondergesetze eine Ausnahme macht (s. Artt. 706-89, 706-90, 706-91 CPP).

Beide Rechtsordnungen sehen auch einen verstärkten formalisierten Schutz im Rahmen von Wohnraumdurchsuchungen vor. So werden erhöhte Anforderungen an die Zulässigkeit der Maßnahme in Form von strengen Begründungspflichten gestellt. Der „Conseil Constitutionnel“ hat diesbezüglich sogar einen Rechtsschutz im Rahmen der „enquête“ vorgesehen, obwohl dieser Verfahrensabschnitt grundsätzlich keine richterliche Kontrolle der Ermittlungsbehörden kennt.

Das französische Recht geht im Rahmen der „information“ wieder einen Schritt weiter, wenn es eine strenge Anwesenheitspflicht der Person „mise en examen“ vorsieht, wenn ihre Wohnung durchsucht wird. Ein vergleichbarer Schutz des Beschuldigten ist der deutschen Rechtsordnung nicht bekannt.

Diese unterschiedliche Ausgestaltung der Verfahren begründet wiederum im Rechtshilfeverkehr erhöhte Informations- und Rücksichtspflichten der Anordnungs- und Vollstreckungsbehörde, um die Verwertbarkeit des im Ausland erhobenen Rechtsmittels zu sichern (s.o. Punkt B. II. 3 c)). Die Berücksichtigung zweier unterschiedlicher nationaler Rechtsordnungen begründet jedoch stets eine erhöhte Fehleranfälligkeit der Rechtshilfeleistung.

#### ee) Der Schutz von Berufsgeheimnisträgern

Der Schutz gewisser Berufsgeheimnisträger zeigt sich für das deutsche Strafverfahren schon in Form der absoluten Schranken der Ermittlungsbefugnisse. Das französische Recht, das ein

vergleichbares Verbot iSv § 160a sowie § 97 StPO (mit Ausnahme der Zeugnisunfähigkeit und des Beschlagnahmeverbots von Verteidigerunterlagen) nicht kennt, sieht hingegen im Rahmen der Vollstreckung einer Maßnahme gegen einen Berufsheimnisträger besondere Schutzvorkehrungen vor. So muss zum Beispiel die Durchsuchung und Beschlagnahme bei einem Berufsheimnisträger zwingend von einem „magistrat“ vorgenommen werden. Des Weiteren muss ein Vertreter des jeweiligen Berufsstandes anwesend sein, der vor einem zu starken Eingriff in die Berufsfreiheit schützen soll. Zudem ist ein außerordentliches Kontrollrecht durch den JLD beziehungsweise „juge d’instruction“ vorgesehen, für den Fall, dass eine Beschlagnahme für unverhältnismäßig befunden wird. Die Abwägung wird dabei im Einzelfall getroffen.

Es lässt sich somit feststellen, dass die nationalen Rechtsordnungen hinsichtlich des zeitlichen Moments und der Schutzform für Berufsheimnisträger divergieren, wobei dieser Schutz wie oben gesehen im Rahmen einer Rechtshilfehandlung verloren gehen kann (s.o. Punkt B. II. 3 c)).

ff) Schutz der Familie und Rechtsgüterschutz unbeteiligter Dritter als Ausdruck eines rechtsstaatlichen Verfahrens

Es lässt sich ein konzeptueller Unterschied zwischen der deutschen und französischen Rechtsordnung erkennen, wenn es um den Schutz der Familie, sowie unbeteiligter Dritter im Ermittlungs- und Strafverfahren geht.

Das deutsche Recht kennt ein Zeugnis- und Eidesverweigerungsrecht für Angehörige, sowie ein Beschlagnahmeverbot von Mitteilungen zwischen einem Beschuldigten und denselben. Die Zeugnisverweigerungsrechte gelten als höchstpersönliche Rechte des Zeugen und sollen diesen vor einer Zwangslage bewahren, wonach er bei seiner Aussage einerseits die Wahrheit sagen und dadurch andererseits einem Angehörigen schaden müsste<sup>1117</sup>. Darüber hinaus bedürfen

---

<sup>1117</sup> Str., andere sehen darin einen Schutz des „nemo tenetur“-Grundsatzes, oder eine Betonung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, bzw. den Schutz der familiären Bande, sowie die Sicherung der Rechtspflege vor Falschaussagen, s. nur *Zöllers* Entscheidungsanmerkung zu BGH, Beschl. v. 20.12.2011, 1 StR 547/11, in ZJS, 2012, S. 561.

Zwangmaßnahmen gegen unbeteiligte Dritte einer besonderen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage (s. bspw. § 103 StPO).

Das französische Recht erkennt weder den Schutz der Familie, noch den Schutz unbeteiligter Dritter vor Zwangsmaßnahmen explizit als Ausdruck eines rechtsstaatlichen Verfahrens an. Angehörige und Personen, die zu der verdächtigen Person in einem besonderen Näheverhältnis stehen, unterliegen als normale Zeugen der ausnahmslosen Auskunft-, sowie Eidespflicht. Als solche können sie im Rahmen einer polizeilichen Vernehmung bis zu vier Stunden zwangsweise festgehalten werden, s. Art. 62 Abs. 2 CPP, sowie sich Zwangsmitteln (Artt. 61, 78 CPP) oder einer Strafbarkeit gem. Artt. 434-13, 434-14, 434-15-1 CP ausgesetzt sehen. Dieser fehlende Schutz kann sich auch im Hauptverfahren fortsetzen, wenn die persönliche Anhörung des Zeugen durch eine Verlesung des (unter Eid abgegebenen) Vernehmungsprotokolls des Ermittlungsverfahrens ersetzt wird. Auch können Gegenstände im Gewahrsam dieser Personen ohne weiteres beschlagnahmt werden. Aufgrund dieser Schutzlücke kommt jedoch ein Verstoß gegen Art. 8 EMRK in Betracht.

Des Weiteren sieht der CPP im Rahmen einer Wohnraumdurchsuchung und Beschlagnahme keine besondere Ermächtigungsgrundlage für einen Eingriff in Rechtsgüter eines unbeteiligten Dritten vor. Die Zwangsmaßnahme wird nach denselben Vorschriften wie gegen einen „suspect“ oder „témoin assisté“ vollstreckt, s. Artt. 76, 96 CPP.

Die französische Literatur äußert sich zu diesem Themenkomplex kaum. Europäische Initiativen sind hierzu noch nicht ergangen. Diese nationalen Divergenzen spielen wie oben gesehen auch im Rahmen einer Rechtshilfe eine Rolle, wenn die Einhaltung der nationalen Vorschriften für die Erhebung eines verwertbaren Beweismittels entscheidend ist. Wieder kann der Grundsatz des „forum regit actum“ hier an seine Grenzen stoßen (s. nur Punkt B. II. 2 c)).

### c) Effektiver Rechtsschutz

Im Rechtshilferecht gilt der Grundsatz, dass die Anordnung einer EEA im Anordnungsstaat und ihre Vollstreckung im Vollstreckungsstaat überprüft werden kann. Mit der Stärkung des Grundsatzes des „forum regit actum“ wird aber in Zukunft die Vollstreckung einer Maßnahme



wohl überwiegend im Anordnungsstaat angegriffen werden können, da dessen Recht Anwendung gefunden hat. Der Gebrauch des Rechtsmittelrechts des Vollstreckungsstaates wird auf die Fälle der Verletzung wesentlicher Grundprinzipien seiner nationalen Rechtsordnungen beschränkt sein, wenn diese von den Vorgaben des Anordnungsstaates divergieren. Die Ausführungen haben jedoch gezeigt, dass diese (reduzierte) Schutzwirkung im europäischen Rechtshilfeverkehr verloren geht, da die erfolgreiche Anfechtung einer Maßnahme im Vollstreckungsstaat auf das Verfahren oder den Beweiswert im Anordnungsstaat nicht zwingend Einfluss hat.

Die RL setzt sich kaum mit der Frage des effektiven Rechtsschutzes im Zusammenhang mit der Anordnung und Vollstreckung einer EEA auseinander. Sie statuiert lediglich, dass einem Betroffenen im Vollstreckungsstaat die gleichen Rechtsschutzmöglichkeiten zustehen müssen, wie in einem rein nationalen Verfahren. Das IRG sieht ebenfalls keine Regelung vor, welche Folgen eine wirksame Anfechtung einer Vollstreckungshandlung im Ausland für das Verfahren im Inland auslöst. Der CPP besagt in diesem Zusammenhang, dass daraus nicht unbedingt die Nichtigkeit der Maßnahme folgen muss; immerhin spricht das französische Recht dem Beweismittel in solchen Fällen aber einen geminderten Beweiswert zu (Art. 694-24 CPP).

Dies hat zwei Konsequenzen. Zum einen bleibt eine Verletzung nationaler wesentlicher Verfahrensprinzipien im Grunde folgenlos. Zum anderen geht der Rechtsschutz des Betroffenen, der sich auch dem Recht und einer Zwangsmaßnahme im Vollstreckungsstaat unterworfen sieht, insoweit ins Leere. Seine Rechtsschutzmöglichkeiten sind allein im Anordnungsstaat angesiedelt, sofern dessen Recht Rechtsschutzmöglichkeiten vorsieht. Ob der EGMR dem Kredo folgt, ein Betroffener soll trotz der Rechtshilfeleistung nicht bessergestellt werden, als im Rahmen eines nationalen Verfahrens, ist offen. Für einen effektiven, doppelten Rechtsschutz im Sinne einer Meistbegünstigung spricht, dass durch die grenzüberschreitende Verfahrensleitung die Intensität des Ermittlungsverfahrens zunimmt und sich der Betroffene zwei unterschiedlichen staatlichen Verfolgungsbehörden ausgesetzt sieht.

Der Rechtsschutz im Rahmen einer Rechtshilfeleistung richtet sich damit grundsätzlich nach dem Recht des Anordnungsstaates. Der Rechtsschutz im deutschen Ermittlungsverfahren ist

wie schon weiter oben gesehen als Ausfluss des Rechts auf effektiven Rechtsschutz (s. Art. 19 Abs. 4 GG) ein weiter. Die Anrufung eines Gerichts zur Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Anordnung oder Vollstreckung einer Maßnahme ist entweder gesetzlich vorgeschrieben (s. § 98 Abs. 2 S. 2 StPO, § 304 StPO) oder wurde von der Rechtsprechung in analoger Anwendung der gesetzlichen Vorschriften erweitert. Im Rahmen einer Rechtshilfeleistung erfolgt keine Belehrung des Betroffenen über die ihm zustehenden, umfassenden Rechtsschutzmöglichkeiten im Rahmen einer Vollstreckungshandlung auf deutschem Boden.

Dieser umfassende Rechtsschutz findet sich in einem französischen Verfahren allein im Rahmen einer „information“ wieder. Im Rahmen einer „enquête“ steht zwar die polizeiliche Verfahrensleitung grundsätzlich unter der Kontrolle der Staatsanwaltschaft. Die Anrufung einer richterlichen Kontrollstelle durch den von einer Ermittlungsmaßnahme Betroffenen ist für diesen Verfahrensabschnitt hingegen nicht vorgesehen (eine Ausnahme wird von der Rechtsprechung seit kurzem anerkannt, wenn eine Maßnahme gem. Artt. 56-1 ff. CPP nicht hinreichend begründet wurde).

Diese Graduation von Rechtsschutzmöglichkeiten setzt sich in einem Rechtshilfeverfahren fort. Die Anordnung einer EEA kann nur angegriffen werden, wenn sie im Rahmen einer „information“ ergangen ist. Die Vollstreckung einer ausländischen EEA kann nur überprüft werden, wenn sie der Zuständigkeit des „juge d’instruction“ unterlegen hat. Der ausländische Verdächtige wird über diese Rechtsschutzmöglichkeit informiert (s. Art. 694-41 Abs. 2 CPP). Angesichts der Tatsache, dass Zwangsmaßnahmen den Regeln einer „information“ folgen und in diesen Fällen die meisten Rechtsgutsverletzungen zu befürchten sind, ist der Betroffene weniger als ein „suspect“ im Rahmen eines inländischen Verfahrens von der rechtlichen Schutzlücke betroffen.

Europäische Initiativen zur Harmonisierung des effektiven Rechtsschutzes im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens sind noch nicht ergangen.

*Zusammenfassend* lässt sich feststellen, dass der effektive Rechtsschutz im Rechtshilfeverkehr trotz der Überlagerung zweier Rechtsordnungen und der Einschaltung von einer inländischen

und einer ausländischen Ermittlungsbehörde effektiv nur der nationalen Rechtssystematik des Anordnungsstaates folgt. Lücken ergeben sich insbesondere dann, wenn ein nationales Recht für einen Verfahrensabschnitt systematisch keinen Rechtsschutz vorsieht, wobei sich die Frage aufwirft, ob dieser Rechtszustand den Anforderungen eines fairen Verfahrens iSd EMRK entspricht.

### **3. Die Verwertbarkeit ausländischer Beweismittel**

Es lässt sich feststellen, dass die deutschen und französischen Gerichte die Frage der Verwertbarkeit eines im Ausland erhobenen Beweismittels nach unterschiedlichen Maßstäben bewerten.

In Deutschland lässt sich beobachten, dass aufgrund der immer stärker werdenden Bedeutung des Grundsatzes des „forum regit actum“ erhöhte Anforderungen an die um Rechtshilfe ersuchenden, deutschen Ermittlungsbehörden gestellt werden. So wurde schon vor der Einführung der RL gefordert, dass die Anordnungsbehörde auf die Einhaltung aller nationalen Vorschriften, die für die Verwertbarkeit des Beweismittels im Inland ausschlaggebend sind, hinweisen muss. Wenn die ausstellende Behörde dies versäumte und die Beweiserhebung gemäß nicht vergleichbaren, ausländischen Verfahrensregeln ablief, ergab sich daraus stets die Unverwertbarkeit des Beweismittels, selbst wenn das Beweismittel nach ausländischem Recht ordnungsgemäß erhoben wurde. Es ist damit zu rechnen, dass diese Linie der Rechtsprechung beibehalten wird, zumal die Rechtshilfe mit Einführung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung und dem Bestehen auf dem Grundsatz des „forum regit actum“ mit der RL eine erhöhte Verbindlichkeit erlangt hat. Mithin muss ein Beweis im Ausland im Grunde gemäß den gleichen Verfahrensregeln, wie in einem inländischen Verfahren, erhoben werden, obwohl dies, wie oben gesehen, in gewissen Konstellationen schon praktisch nicht möglich sein wird.

In Frankreich galt vor der Einführung der RL und trotz des schon bekannten Prinzips des „forum regit actum“ (s. Art. 4 Abs. 1 Übereinkommen 2000) der Grundsatz, dass die französischen Ermittlungsbehörden nicht davon ausgehen könnten, dass die französischen Vorschriften bei einer Beweisaufnahme im Ausland angewendet werden. Daher wurde die Verwertbarkeit eines im Ausland erhobenen Beweismittels nicht danach bemessen, ob

wesentliche französische Verfahrensvorschriften eingehalten wurden oder ob die französischen Behörden auf diese hingewiesen hatten, sondern vielmehr danach, ob das ausländische Verfahren insgesamt rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprach<sup>1118</sup>. Die französische Rechtsprechungspraxis ähnelt hierin der Rechtsprechungspraxis des EGMR, der ebenfalls eine Gesamtabwägung vornimmt und wirkt pragmatischer, als die von der deutschen Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze. Es wird zu beobachten sein, ob mit der Einführung und Umsetzung der RL die französischen Gerichte verstärkt auf die Einhaltung nationaler Verfahrensregeln achten und die französischen Anordnungsbehörden in die Pflicht nehmen werden. Dagegen könnte sprechen, dass der Grundsatz des „forum regit actum“ schon seit dem Übereinkommen 2000 besteht und auch im Rahmen der RL weiterhin dem traditionellen Rechtshilfekonzept folgt (s. Art. 9 Abs. 2 RL). Zudem stößt der Grundsatz des „forum regit actum“ in der Rechtshilfepraxis wie oben gesehen vielfach an seine Grenzen, so dass der Anwendung nationaler Vorschriften im Ausland Schranken gesetzt sind.

#### **4. Materielles Strafrecht – Das Rechtsgut „ausländische Strafverfolgungsinteressen“**

Die rechtsvergleichende Untersuchung hat auch einen kurzen Blick auf die materielle Rechtslage in Deutschland und Frankreich in Bezug auf die Falschaussage eines Zeugen im Rechtshilfeverkehr ermöglicht. Die nationalen Straftatbestände unterscheiden sich in der Weite des intendierten Rechtsgüterschutzes. Der französische Gesetzgeber erkennt mit der Umsetzung der RL explizit einen Schutz ausländischer Strafverfolgungsinteressen an. Das Umsetzungsgesetz geht sogar weiter als die RL, wenn auch die Strafvorschrift des Art. 434-15-1 CP auf Rechtshilfeverfahren Anwendung findet. Der deutsche Gesetzgeber hingegen ist dem Erfordernis aus der RL durch eine Änderung der Vorschriften des StGB nicht nachgekommen.

---

<sup>1118</sup> Claverie-Rousset, The admissibility of evidence in criminal proceedings between European Union Member States, *European Criminal Law Review*, Nomos, Baden-Baden, 2013, S. 158.

Der Schutz ausländischer Strafverfolgungsinteressen unterfällt damit nicht dem Rechtsgüterschutz des deutschen materiellen Strafrechts.

## **5. Haltung der nationalen Gesetzgeber zu der Reform der sonstigen Rechtshilfe in Strafsachen**

Zu guter Letzt erlaubt die rechtsvergleichende Untersuchung einige abschließende Anmerkungen hinsichtlich der Haltung des deutschen und französischen Gesetzgebers bezüglich der Reform der sonstigen Rechtshilfe, die sich in den Umsetzungsgesetzen widerspiegelt.

Es lässt sich zunächst feststellen, dass die RL in beiden Ländern fristgerecht umgesetzt wurde. Beide Länder sind des Weiteren dem Ziel der RL ein einheitliches Rechtsinstrument in Form der EEA basierend auf dem Grundsatz gegenseitiger Anerkennung einzuführen, nachgekommen. Ebenfalls wurden die Frist- und Formvorschriften übernommen. Auch wurde der Vollstreckungsgrundsatz des „forum regit actum“ beibehalten.

Die nationale Rechtshilfesystematik unterscheidet sich dennoch innerhalb der Länder.

In Frankreich wurde die RL fast gleich einem „copy paste“ – Verfahren übernommen. In dem französischen Umsetzungsgesetz zeigt sich allgemein das Bestehen eines Vertrauens in die Rechtsstaatlichkeit ausländischer Verfahrensordnungen. So wurde teilweise der nationale Richtervorbehalt bei der Anordnung einer Ermittlungsmaßnahme auf einen ausländischen Richter übertragen, s. Art. 694-20 Abs. 3 S. 2 CPP.

Des Weiteren wurde der Grundsatz des „forum regit actum“ gestärkt, da das Regel-Ausnahme-Verhältnis der Anwendbarkeit französischen Rechts zur Vollstreckung einer EEA (s. noch Art. 694-3 CPP) nicht aufrechterhalten, sondern vielmehr umgekehrt wurde, s. Art. 694-36 CPP. Somit hat die Vollstreckung einer EEA grundsätzlich nach dem Recht des Anordnungsstaates abzulaufen.

Das Umsetzungsgesetz hat auch auf eine Vergerichtlichung der Rechtshilfe, sowie die Stärkung der Rechte des von einer Rechtshilfebehandlung Betroffenen geachtet. So untersteht die

Vollstreckung einer Zwangsmaßnahme im Grunde der Zuständigkeit eines „juge d’instruction“, s. Art. 694-30 Abs. 2 CPP. Zudem wurden die Rechte des Beschuldigten durch eine Belehrung über seine Rechtshilfsmöglichkeiten speziell in einem Rechtshilfeverfahren gestärkt, s. Art. 694-41 Abs. 1 S. 2 CPP. Des Weiteren wurde nunmehr auch gesetzlich festgehalten, dass einem ausländischen Beweismittel, dessen ordnungsgemäße Erhebung im Vollstreckungsstaat erfolgreich angegriffen wurde, ein geminderter Beweiswert zukommt, s. Art. 694-24 Abs. 1 CPP).

Darüber hinaus wurden Vorschriften zur effektiven Verbrechensbekämpfung vorgesehen (erweiterter Straftatenkatalog gem. Art. 694-48 Abs. 2 CPP), die zum Teil über die Vorgaben der RL hinausgehen (s. Verweis auf Art. 434-15-1 CP).

Hinsichtlich des Umfangs der Verfahrensgarantien hält der französische Gesetzgeber jedoch an der Graduierung innerhalb einer „enquête“ und „information“ fest, so dass die umstrittene rechtliche Differenzierung einer verdächtigen Person je nach Verfahrensstand auch im Rahmen der Anordnung einer EEA aufrechterhalten wurde. Der Betroffene im Rahmen einer „enquête“ hat bspw. weiterhin kaum Möglichkeiten die Anordnung und ggf. Vollstreckung einer EEA und damit die Vornahme einer Ermittlungsmaßnahme im Ausland anzugreifen, beziehungsweise um die Anordnung einer EEA zu ersuchen (s. Art. 694-20 Abs. 2 CPP). Der ausländische Beschuldigte, gegen den eine Zwangsmaßnahme in Frankreich vollstreckt wird, ist teilweise sogar besser gestellt, als ein „suspect“ im Rahmen einer nationalen „enquête de police“, da die zuständige Vollstreckungsbehörde im Grunde ein „juge d’instruction“ sein wird (s. Art. 694-30 Abs. 2 CPP), so dass die Vorschriften einer „information“ Anwendung finden und der ausländische Beschuldigte stets von dem weiten Spektrum an Verfahrensrechten dieses Verfahrensstadiums profitiert.

Die zuständigen deutschen Stellen hingegen zeigten schon ab Einführung des RL-Entwurfs eine stark ablehnende Haltung gegenüber einer Reform der sonstigen Rechtshilfe. Der Richtlinienentwurf, wie er von dem Königreich Belgien u.a. eingeführt wurde, wurde aufgrund der Weite des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung und der damit einhergehenden weiten Kooperationspflicht als Gefahr empfunden. Die deutschen Behörden setzten sich daher dafür

ein, einen allgemeinen und weit gefassten Zurückweisungsgrund einzuführen, wenn die Anerkennung und Vollstreckung einer EEA gegen das nationale Recht des Vollstreckungsstaates verstößt. Ein solcher Zurückweisungsgrund fand aber keinen Eingang in die endgültige RL-Fassung, da er von den Mitgliedstaaten als im Widerspruch zu dem Grundsatz gegenseitiger Anerkennung stehend und somit als europarechtlicher Rückschritt empfunden wurde<sup>1119</sup>.

Die Zurückhaltung des deutschen Gesetzgebers zeigt sich auch in der Neufassung des IRG. Die Einführung der neuen Vorschriften mit Verweisen auf den 5., 6. und 7. Teil des IRG, sowie StPO, GVG ist unübersichtlich. Es werden neue Regelungen, die dem Grundsatz gegenseitiger Anerkennung folgen, mit Regelungen der traditionellen Rechtshilfe verknüpft. Das IRG hat dabei auch sein dreistufiges Prüfungsverfahren bei Eingang einer EEA (Zulässigkeit, Bewilligung, Vollstreckung) beibehalten. Die Versagungsgründe einer Vollstreckung sind auf diese unterschiedlichen Ebenen aufgeteilt. Die Fassung insbesondere des § 91c IRG ist dabei unklar und missglückt.

Die Tendenz an dem traditionellen Rechtshilfeprinzip festzuhalten, zeigt sich auch an der Verwendung von Begriffen der klassischen Rechtshilfe; so ist beispielsweise weiterhin die Rede von „Ersuchen“ und nicht von „Anordnungen“. Zudem hat der deutsche Gesetzgeber der Vollstreckung einer EEA sogar bei eingriffsschwachen Maßnahmen zusätzliche Schranken gesetzt, die so nicht in der RL vorgesehen sind (s. Zustimmungserfordernis eines Zeugen zu einer audiovisuellen Vernehmung). Die RL wurde ebenso nicht zum Anlass genommen die Effizienz der grenzüberschreitenden Verbrechensbekämpfung durch den Schutz ausländischer Verfolgungsinteressen zu stärken.

Darüber hinaus hat der deutsche Gesetzgeber die Umsetzung der RL nicht zum Anlass genommen, um den Rechtsschutz von den Personen zu überdenken, gegen die im Inland eine EEA vollstreckt wird. Der Betroffene wird nicht über die rechtlichen Möglichkeiten, die Vollstreckungshandlung im Inland anzugreifen (s. §§ 98 Abs. 2 S. 2, analog, 304 StPO),

---

<sup>1119</sup> S. ausführlich zur Haltung des deutschen Gesetzgebers bezüglich der Einführung der RL, Brahms/Gut, NStZ, 2017, S. 390.

informiert. Zwar ist eine solche Belehrung auch in einem rein nationalen Verfahren nicht vorgesehen. Jedoch gilt es in Rechtshilfekonstellationen zu beachten, dass die Schwierigkeiten rechtlichen Beistand zu erhalten erhöht sind. Es muss bspw. ein deutscher Anwalt kontaktiert werden, der eventuell nicht die Sprache des Betroffenen spricht. In Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH, demnach einem Beschuldigten, der der deutschen Sprache nicht mächtig ist, vor einer Vernehmung eine Hilfestellung bei der Suche nach einem Rechtsbeistand gegeben werden muss, hätte dies auch zu der Einführung einer Rechtsmittelbelehrung des, von einer EEA-Vollstreckung, ausländischen Betroffenen in das IRG führen können.

Ebenso stellt sich ein Problem für einen im Inland vernommenen Zeugen, mit dem sich das deutsche Umsetzungsgesetz nicht auseinandersetzt. Der Zeuge wird zwar stets über seine Rechte das Zeugnis zu verweigern belehrt (s. § 91b IRG), jedoch wird ihm nicht bewusst sein, dass er das Recht, den Verzicht auf sein Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 52 Abs. 3 S. 2 StPO in der Hauptverhandlung zu widerrufen, im Rahmen einer EEA-Vollstreckung verliert. Vergleichbar mit der neuen Rechtsprechung des BGH zu der Verlesbarkeit einer richterlichen Zeugenvernehmung entgegen § 252 StPO, die nunmehr eine zusätzliche Belehrung des Zeugen fordert, müsste ein entsprechender Hinweis an einen Zeugen ergehen, dessen Aussage in einem ausländischen Verfahren verwertet wird. Erst dann kann er eine bewusste Entscheidung treffen, ob er aussagen möchte oder nicht.

*Zusammenfassend* kann festgehalten werden, dass die Bedenken, die von deutscher Seite zu Beginn der Vorlage der RL-Initiative bestanden, in der 4-jährigen Vorbereitungsphase nicht aus dem Weg geräumt wurden und sich in einer zurückhaltenden Umsetzung der RL widerspiegeln. In der Haltung des deutschen Gesetzgebers drückt sich ein allgemeines Misstrauen hinsichtlich der Rechtsstaatlichkeit ausländischer Verfahren und der Verhältnismäßigkeit der im Ausland angeordneten Zwangsmaßnahmen aus.

In diesem Zusammenhang ist auch auf den französischen Justizreport vom 10. Mai 2017<sup>1120</sup> zu

---

<sup>1120</sup> Rapport de politique pénale du garde des sceaux, 10 mai 2017 - Art. 6 (<http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/rapports-thematiques-10049/rapport-de-politique-penale-du-garde-des-sceaux-mai-2017-30508.html>) (Stand 14.03.2018).



verweisen, demnach Frankreich in Bezug auf die Einrichtung von, für die Rechtshilfe notwendiger, Kontaktstellen mit 50 eingerichteten Kontaktpunkten unionsrechtlich auf erster Stelle steht, gefolgt von Spanien mit 34 und Deutschland mit nur 19 Kontaktstellen (s. Art. 6.3 des Reports).

## **II. Ausblick**

Die konzeptuellen und formalen Unterschiede innerhalb der Rechtsordnungen stellen ein wesentliches Hindernis für die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten zur Bekämpfung grenzüberschreitender Kriminalität und damit der effektiven Durchsetzung der RL dar. Dem Ziel innerhalb der europäischen Grenzen einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu schaffen, werden die Mitgliedstaaten nicht gerecht.

Die Maßnahmen der RL zur Bekämpfung dieser Effizienzdefizite vermögen dieses grundlegende Problem nicht zu überbrücken. Der Grundsatz gegenseitiger Anerkennung einerseits entfaltet seine Wirkung nur im Rahmen der Anerkennung und Bewilligung einer ausländischen Entscheidung, nicht aber hinsichtlich der Verwertbarkeit eines im Ausland erhobenen Beweismittels. Der Grundsatz des „forum regit actum“ andererseits, der sich auf die Vollstreckungsmodalitäten einer EEA bezieht und ein im Anordnungsstaat verwertbares Beweismittel garantieren soll, stößt vielfach an seine praktischen Grenzen. Zudem unterliegt er der Schranke des Schutzes wesentlicher nationaler Grundprinzipien des Vollstreckungsstaates. Diese parallele Anwendbarkeit zweier nationaler Strafrechtsordnungen erschwert und verkompliziert die Rechtshilfeleistung, ohne dass damit eine wesentliche Besserstellung des von einer Maßnahme Betroffenen einhergeht. Die Ausführungen zu den nationalen Rechtsschutzmöglichkeiten im Rechtshilfefall haben vielmehr gezeigt, dass ihre intendierte Schutzwirkung ins Leere laufen kann. Die Rechtshilfe ist in ihrer aktuellen Fassung also weder Garant für die Erhebung europaweit verkehrsfähiger beziehungsweise im Anordnungsstaat verwertbarer Beweismittel, noch für den umfassenden Schutz des Betroffenen einer

Maßnahme, obwohl sich dieser zwei unterschiedlichen Strafprozessordnungen, sowie Strafverfolgungsbehörden ausgesetzt sieht.

Die Lösungsvorschläge aus der Literatur zur Verbesserung dieser Rechtshilfeproblematik und zur Erhebung von europaweit verkehrsfähigen Beweismitteln sind zahlreich.

Ein erster Lösungsvorschlag hält an dem bestehenden Rechtshilfesystem fest und fordert eine Änderung allein auf der Vollstreckungsebene einer EEA. So sollen die Vollstreckungsstaaten verpflichtet werden den Grundsatz des „forum regit actum“ ohne Vorbehalte anzuwenden<sup>1121</sup>, beziehungsweise den Vollstreckungsgrundsatz mit einem Meistbegünstigungsprinzip zu versehen<sup>1122</sup>. Zwar sprechen der geringe legislative und zeitliche Aufwand zur Umsetzung, sowie die Behebung der Rechtsschutzlücken für den ersten Lösungsvorschlag. Jedoch verkennen diese Ansichten, dass damit die Effizienzprobleme nicht aus dem Weg geräumt werden. Die vorbehaltlose Anwendung des Grundsatzes des „forum regit actum“ wird kaum umzusetzen sein, wenn man das Festhalten der Mitgliedstaaten an ihren nationalen Grundprinzipien berücksichtigt. Zudem wird keine Antwort auf die Frage gegeben, wie mit Situationen umzugehen ist, in denen die Vorschriften des Anordnungsstaates praktisch nicht umgesetzt werden können<sup>1123</sup>. Die Einführung eines Meistbegünstigungsprinzips wiederum führt zu einer parallelen Anwendung zweier Strafverfahrensordnungen, die die Vollstreckung gerade erschwert. Zudem wird das Problem der Rechtsschutzmöglichkeiten des Betroffenen und die Frage der Verwertbarkeit ausländischer Beweismittel nicht behoben.

Die Literaturansichten, die eine Harmonisierung der Strafprozessordnungen fordern, sind stark vertreten<sup>1124</sup>. Harmonisierungsiniciativen auf europäischer Ebene haben, wie die obigen

---

<sup>1121</sup> Gleß, ZStW, 2013, S. 592, 607.

<sup>1122</sup> Gleß, JR, 2008, S. 321; Schünemann, in Die Europäische Union – Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts?, S. 87 ff.

<sup>1123</sup> Perron, in Organisierte Kriminalität als transnationales Phänomen, S. 39.

<sup>1124</sup> Böse, Europäisches Strafrecht, S. 679 („europaweite Mindeststandards“); Delmas-Marty, Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l’Union européenne, Economica, Paris, 1997, S. 81; Satzger, Internationales und europäisches Strafrecht, S. 229; Esser, in FS für Jürgen Wolter S. 1332, 1333; Gleß, ZStW, 2013, S. 578 ff. (als Beispiel für eine mögliche umfassende Harmonisierung der Strafprozessordnung wird auf die Vereinheitlichung der Schweizer Strafprozessordnung angeführt, die mehrere kantonale Verfahrensordnungen zusammenführen musste (578). Hierfür spricht sich auch die „European Criminal Bar Association“ (ECBA) in ihrem Entwurf einer „Agenda 2020: A new Roadmap on minimum standards of certain

Ausführungen zeigen, in einigen Bereichen des Ermittlungsverfahrens einen einheitlichen Beweiserhebungsstandard etablieren können (als Beispiel sei die Belehrungspflicht des Beschuldigten genannt). Nichtsdestotrotz erscheint selbst eine verstärkte Harmonisierung der nationalen Strafprozessordnungen aus mehreren Gründen nicht zielführend.

Harmonisierungsinitiativen bedeuten punktuelle Eingriffe in die nationalen Strafverfahrensordnungen. Sie sind abhängig von der Initiative der Mitgliedstaaten. Problematisch ist hierbei, dass die Mitgliedstaaten nicht für die gleichen Themen sensibilisiert sind<sup>1125</sup> (s. nur die Problematik der Zeugenstellung des Beschuldigten in Folge einer Verfahrensabtrennung oder die Anerkennung persönlicher Zeugnisverweigerungsrechte<sup>1126</sup>). Die Konsequenz ist, wie auch der Querschnitt zeigt, dass bestimmte Rechtsbereiche von einer Harmonisierung gänzlich „verschont“ werden.

Des Weiteren erfordert die Einigung auf eine Harmonisierungsmaßnahme einen Kompromiss zwischen den Mitgliedstaaten, der viel Zeit in Anspruch nehmen und zudem eine Einigung auf den kleinsten gemeinsamen Nenner bedeuten kann. Eine Harmonisierung auf Grundlage des Rechtsinstruments der Richtlinie führt zudem aufgrund des bestehenden Ermessensspielraums der Mitgliedstaaten dazu, dass die nationalen Rechtsordnungen weiterhin den Strafverfahrensbeteiligten Rechte in unterschiedlichem Maße zusprechen können. Darüber hinaus sind punktuelle Harmonisierungsinitiativen nicht geeignet Strukturunterschiede der nationalen Strafverfahrensordnungen zu überwinden. Punktuelle europäische Initiativen

---

procedural safeguards“ von April 2017 aus, s. <http://www.ecba.org/extdocserv/conferences/prague2017/ECBAAGenda2020NewRoadmap.pdf> (Stand 24.07.2018).

<sup>1125</sup> Klip, *European Criminal Law*, intersentia, Cambridge/Antwerpen/Portland, 2016, S. 40.

<sup>1126</sup> So zeigt sich die fehlende Sensibilisierung der französischen Literatur für die Notwendigkeit des Schutzes von persönlichen Zeugnisverweigerungsberechtigten auch in dem *Corpus Juris* der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union, federführend von *Delmas-Marty*, die wie schon weiter oben gesehen ein harmonisiertes Beweisrecht zur Bekämpfung von Betrugsdelikten zu Lasten des europäischen Haushalts ausgearbeitet hat. Darin werden Beweismittel und die Voraussetzungen ihrer Erhebung genannt. Demnach sollen auch Zeugenaussagen zulässige Beweismittel darstellen, wenn diese von einem Richter durchgeführt werden, an denen ein Verteidiger teilnimmt, der ein Fragerecht hat und die auf Video aufgenommen werden (Art. 32), s. Gleß, *Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung*, S. 157. Im Umkehrschluss sieht dieses Regelwerk aber keinen Schutz von persönlichen Zeugnisverweigerungsrechten vor.

können daher auch als systemfremd empfunden werden<sup>1127</sup> und einen Widerstand gegen die Maßnahme provozieren<sup>1128</sup>. Aufgrund dieser Tatsachen erscheint eine Harmonisierung der nationalen Verfahrensordnungen nicht zielführend zu sein. Der erforderliche Zeitaufwand stünde außer Verhältnis zu dem beschränkten Erfolg, den eine Harmonisierungswelle der nationalen Strafprozessordnungen herbeiführen könnte.

Andere Literaturstimmen sehen eine Lösung in der Errichtung eines so genannten „clearing-Verfahrens“<sup>1129</sup>. Das Konzept beruht auf der Einführung eines europäischen Beweiszulassungsverfahrens, das die materiellen Bedingungen für einen Beweismitteltransfer vorsieht, so dass vor Eingang eines ausländischen Beweismittels in ein Strafverfahren durch nationale Gerichte überprüft werden kann, ob im konkreten Einzelfall bei der Beweisübermittlung die betroffenen Interessen adäquat berücksichtigt und die Voraussetzungen einer zulässigen Sachverhaltsdarstellung gewahrt wurden<sup>1130</sup>. Die Entscheidung des Gerichts soll dann für die anderen Mitgliedstaaten bindend sein. Dieses Konzept birgt den Vorteil, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet wären sich auf ein uniformes Beweiserhebungssystem zu einigen. Dennoch wirft die praktische Umsetzung dieses Lösungsvorschlags Fragen auf. So wird die Beurteilung der Verwertbarkeit eines Beweismittels einem nationalen Gericht anheimgestellt. Fraglich ist jedoch, ob die nationalen Gerichte Entscheidungen treffen werden, die so auch in anderen Staaten akzeptiert werden, mithin ob ein hinreichend gesichertes Vertrauen in die Rechtmäßigkeit der Rechtsprechungsfindung eines anderen Mitgliedstaats besteht. Dies erscheint zweifelhaft, insbesondere wenn man sich Fallkonstellationen anschaut, in denen die Frage der Verwertbarkeit eines Beweismittels

---

<sup>1127</sup> Allgemein für die Gefahr von vereinzelt Harmonisierungsinitiativen, s. nur Perron, in FS für Wilfried Küper, S. 434, 435. Satzger hingegen setzt sich mit der Frage aus, inwiefern Harmonisierungsinitiativen, die einen „Fremdkörper“ in eine nationale Strafrechtsordnung einführen, die Akzeptanz eines europäischen Strafrechts mindern können, in Wege zum Europäischen Recht, S. 55. S. zu dieser Thematik auch die Forderung der „Wahrung der Kohärenz“ seitens des Manifests zum Europäischen Strafverfahrensrecht der European Criminal Policy Initiative, ZIS, 2013, S. 414 ff.

<sup>1128</sup> So auch allgemein Satzger, der sich für die Wahrung einer „vertikalen Kohärenz“ ausspricht. Demnach dürfen Harmonisierungsinitiativen auf europäischer Ebene nicht zu Brüchen in den nationalen Strafrechtssystemen führen, in Internationales und europäisches Strafrecht, S. 229.

<sup>1129</sup> Hecker, Europäisches Strafrecht, S. 456; Gleß, in Böse, Europäisches Strafrecht, S. 694.

<sup>1130</sup> Hecker, Europäisches Strafrecht, S. 456; sowie Gless für eine Beweisverwertungsverbotslehre, wenn Beweismittel unter Verletzung des Art. 6 Abs. 3 EMRK erhoben wurden, in FS für Jürgen Wolter, S.1355.

anhand eines Abwägungsprozesses, zum Beispiel Verhältnismäßigkeitserwägungen, beantwortet werden muss. Es zeigte sich schon im Anwendungsbereich des EuHb, dass die Mitgliedstaaten insbesondere die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme unterschiedlich bewerten können. Auch der deutsch-französische Vergleich zeigt, dass die Rechtsordnungen erkennbar unterschiedliche Schwerpunkte in diesem Abwägungsprozess setzen.

Neben einem fehlenden Vertrauen, das der Effizienz dieses Lösungsvorschlags entgegenstehen könnte, stellt sich das Problem einer möglichen Zersplitterung der Rechtsprechung. Wenn sich die Vermutung bewahrheitet und die Gerichte die Verwertbarkeit eines Beweismittels in einer vergleichbaren Situation unterschiedlich beurteilen, stellt sich die Frage, wie mit solchen unterschiedlichen Beurteilungen umzugehen ist. Eine nicht homogene Rechtsprechungspraxis könnte eine Ungleichbehandlung der Beschuldigten begründen. Solche Dissonanzen wären zudem schwierig zu erkennen und zu beheben. Diese Gefahr besteht umso mehr, wenn das „clearing-Verfahren“ im Sinne einer Gesamtabwägung, vergleichbar dem Vorgehen des EGMR, vorzunehmen wäre. Dann begründet dieses Verfahren nach *Gless* auch das Risiko, dass „*Konturen förmlicher Garantien verwischt*“<sup>1131</sup> werden.

Der Vorschlag eines „clearing-Verfahrens“ erfordert letztendlich auch die Einigung auf gemeinsame Standards, so dass das Großprojekt der Schaffung eines einheitlichen europäischen Strafverfahrens als effektivste Alternative erscheint. Verfahren mit einem grenzüberschreitenden Bezug könnten entweder durch supranationale Organisationen oder durch nationale Behörden gemäß einer gemeinsamen Verfahrensordnung geleitet werden, die der Kontrolle des EuGH unterstehen<sup>1132</sup>. Eine Lösung im Sinne einer Verfahrensleitung durch ein supranationales Organ unter Einhaltung der jeweils einschlägigen nationalen Rechtsordnung wäre hingegen nicht zielführend. Das supranationale Organ müsste 28 verschiedene Rechtsordnungen beherrschen. Dies begründet eine besondere

---

<sup>1131</sup> Gless, in FS für Jürgen Wolter, S. 1369.

<sup>1132</sup> Für die Möglichkeit, dass eine solche supranationale Institution errichtet werden kann, spreche das amerikanische System, das ein Nebeneinander von einzelnen staatlichen Systemen und einem Bundessystem kennt. Zudem wird eine schrittweise Harmonisierung befürwortet. Die mögliche Vereinheitlichung unterschiedlicher Rechtssysteme zeige sich am Beispiel des Schweizer Rechts, dem eine Zusammenführung der Rechtsordnungen in den italienisch-, französisch- und deutschsprachigen Kantonen gelungen ist, s. Gleß, ZStW, 2013, S. 590; Perron, in FS für Wilfried Küper, S. 440.

Fehleranfälligkeit des Systems und es könnten vermehrt Kompetenzkonflikte hinsichtlich des zu wählenden Verfahrensrechts auftreten<sup>1133</sup>.

Die Gesamtlösung der Schaffung eines einheitlichen Strafverfahrens würde zwar viel Zeit und Kompromissbereitschaft fordern, im Ergebnis aber dazu führen, dass hinsichtlich der Rechtsstaatlichkeit eines Strafverfahrens auf Unionsebene ein einheitlicher Maßstab gilt. Dieser Umstand würde einen gleichmäßigen Schutz der verdächtigen Person bedeuten und Rechtssicherheit auf dem Unionsgebiet begründen. Damit würden auch effektiv Misstrauensvorbehalte der Mitgliedstaaten abgebaut. Einzelinitiativen wie die der RL, die sehr langwierig sind und nur kleine und unsichere Schritte hin zu einer effizienteren Rechtshilfe darstellen, würden damit obsolet. Auch würden die Unwägbarkeiten in Bezug auf das Funktionieren des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung, der weder von den Mitgliedstaaten noch von der Literatur im Rahmen des Strafverfahrens einhellig begrüßt wird, und des Grundsatzes des „forum regit actum“ beseitigt.

Eine Gesamtlösung erfordert eine Entscheidung hinsichtlich der Grundkonzeption des europäischen Strafverfahrens. Für das Ermittlungsverfahren bedeutet dies eine zeitliche, sowie inhaltliche Definition dieses Verfahrensabschnitts und die Beantwortung der Frage der Kompetenzverteilung. Der deutsch-französische Vergleich zeigt, dass die Wahl zwischen einem ein- und zweistufigen System besteht. Dabei kann man mit Blick auf die obigen Ausführungen festhalten, dass auch in Frankreich trotz des zweistufigen Systems mit einem Untersuchungsrichter als Verfahrenskoordinator die Mehrzahl der Strafverfahren im Rahmen einer „enquête“ durchgeführt wird. Die Verfahrensleitung durch einen Untersuchungsrichter wird als langwierig und kompliziert befunden, so dass durch eine stetige Ausweitung der Kompetenzen der Behörden im Rahmen einer „enquête“ die Bedeutung der „information“ immer weiter ausgehöhlt wird<sup>1134</sup>. Des Weiteren wird in der französischen Literatur die Figur

---

<sup>1133</sup> Perron, in *Organisierte Kriminalität als transnationales Phänomen*, S. 39, 40, 51. Hierfür spricht heute zudem die Einleitung der Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft (EUSa) mit Verordnung 2017/1939/EU des Rates vom 12. Oktober 2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUSa), Amtsbl. Nr. L 283 v. 31.10.2017, S. 1 – 71. Die EUSa soll zur Bekämpfung von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union eingesetzt werden.

<sup>1134</sup> Pradel, *Procédure Pénale*, Cujas, Paris, 2017, S. 704.

des „juge d’instruction“ in Reformvorschlägen immer wieder aufgrund der damit einhergehenden struktur- und verfassungsrechtlichen Konflikte in Frage gestellt. Diese Erwägungen könnten dafür sprechen auch auf Unionsebene ein einstufiges Verfahrensmodell mit einem europäischen Staatsanwalt als Verfahrenskoordinator vorzusehen. Des Weiteren müsste sich die Ausgestaltung der Rechte der Verfahrensbeteiligten an den Vorgaben der EMRK und EuGrCh, sowie der hierzu ergangenen Rechtsprechung orientieren.

Schwierige Kompromisse sind im Rahmen des Ermittlungsverfahrens auf folgenden Ebenen zu vermuten, da schon der deutsch-französische Vergleich Unterschiede in den Grundvorstellungen der Rechtsordnungen erkennen lässt:

- Der kontradiktorische Charakter des Ermittlungsverfahrens

Eine erste Frage stellt sich hinsichtlich der Weite der Beteiligungsmöglichkeiten der Verfahrensbeteiligten an einem Ermittlungsverfahren. Dabei hat die Gegenüberstellung der Rechtsordnung gezeigt, dass das Festhalten an tradierten Modellen, bspw. die Kategorisierung in adversatorische und inquisitorische Verfahren, heute so nicht mehr beobachtet werden kann. Die Verfahren stellen Mischsysteme dar. Aus diesen Gründen überzeugt der Vorschlag des „Corpus Juris“ zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union<sup>1135</sup> unter der Leitung von *Delmas-Marty* die tradierten Modelle zugunsten eines allgemein als kontradiktorisch gekennzeichneten Verfahrens aufzugeben.

- Feste Abwägungskriterien

Des Weiteren müsste entschieden werden, ob in gesetzlich bestimmten Fällen ein Vorrang von staatlichen Strafverfolgungsinteressen statuiert wird, beispielsweise zur Bekämpfung terroristischer Aktivitäten, oder ob vielmehr die Abwägung stets einzelfallbezogen durch die Ermittlungsbehörden vorzunehmen ist.

---

<sup>1135</sup> Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union, Carl Heymann Verlag, Köln, 1998.

- Schranken der Ermittlungsbehörden

Die Mitgliedstaaten müssten einheitliche Schranken der Befugnisse der Ermittlungsbehörden ausarbeiten. Entscheidend wäre dabei die Rolle der Selbstbelastungsfreiheit und des Rechtsgüterschutzes Dritter und Angehöriger als Ausdruck eines rechtsstaatlichen Verfahrens.

- Effektiver Rechtsschutz und Verwertbarkeit eines Beweismittels

Das Konzept müsste abschließend eine einheitliche Rechtsschutz- sowie Beweisverwertungssystematik vorsehen. Durch die Leitung der Verfahren durch ein unionsrechtliches Organ entsteht hier trotz notwendiger Abwägungsentscheidungen keine Gefahr der Zersplitterung der Rechtsprechung.

Zu guter Letzt ist darauf hinzuweisen, dass die Ausgestaltung des Hauptverfahrens einen Einfluss auf das Ermittlungsverfahren üben kann<sup>1136</sup>, so dass auch insoweit eine einheitliche Gesamtlösung zu finden ist.

In der Tat stellt die Schaffung eines einheitlichen europäischen Strafverfahrens ein Mammutprojekt dar, das aber angesichts der, auch aufgrund einer fortschreitenden Angleichung durch europäische Initiativen, schon bestehenden Gemeinsamkeiten der Mitgliedstaaten trotz konkreter Gestaltungsdivergenzen möglich erscheint, wenn auf eine allgemeine Kompromissbereitschaft bei den Mitgliedstaaten gezählt werden kann.

Nichtsdestotrotz scheint die Schaffung eines europäischen Strafverfahrens noch in weiter Ferne zu liegen. Zum einen ist schon fraglich, ob eine hinreichende vertragliche Ermächtigungsgrundlage (s. Art. 82 Abs. 2 d) AEUV) für ein solches Projekt besteht. Zum anderen stellen die Mitgliedstaaten immer wieder unter Beweis, dass sie hinsichtlich der europäischen Sicherheitsfrage unterschiedliche Vorstellungen sowie Handlungswillen hegen. Dies zeigt anschaulich die Einführung einer Europäischen Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union. Es handelt sich um ein lange diskutiertes und geplantes europäisches Projekt. Dennoch konnten sich letztendlich nur

---

<sup>1136</sup> S. nur Klip, *European Criminal Law*, intersentia, Cambridge/Antwerpen/Portland, 2016, S. 40.



zwanzig Mitgliedstaaten auf ein gemeinsames Projekt im Rahmen einer Verstärkten Zusammenarbeit iSv Art. 86 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV einigen und am 12. Oktober 2017 die Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUSTa) annehmen<sup>1137</sup>. Auch inhaltlich kann die Verordnung nicht umfassend überzeugen<sup>1138</sup>. Es werden unter anderem die Verordnungskompetenz der Union, sowie die Art und Weise ihrer Umsetzung hinterfragt. Es soll hier in Kürze insbesondere ein Punkt hervorgehoben werden, der im Zusammenhang mit der EEA steht.

Im Rahmen der Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft stellte sich auch die Frage nach der Art und Weise der vorgerichtlichen Beweiserhebung, der Beweisverwertung im anschließenden Hauptverfahren und damit die Frage nach dem hierfür anwendbaren Recht. Die Schaffung von eigenständigen, europäischen Normen hätte sich dabei aufgrund der supranationalen Natur der Verfahren angeboten. Zudem gibt es diesbezüglich schon überzeugende Vorschläge aus der Literatur<sup>1139</sup>. Die Verordnung wählt jedoch einen anderen Weg. Zwar zählt deren Art. 30 die Ermittlungsmaßnahmen, die dem Organ zur Verfügung stehen sollen, auf, verweist jedoch für deren Anordnung zusätzlich auf das Recht des Staates, dem der zuständige Delegierte Europäische Staatsanwalt untersteht (s. Art. 30 Abs. 2, 3). Die Vollstreckung der Maßnahme hingegen richtet sich nach dem Recht des Staates, in dem die Maßnahme durchgeführt werden soll (Art. 31 Abs. 4), wobei jedoch auch auf den Grundsatz des „forum regit actum“ zurückgegriffen werden kann, s. Art. 32. Erst nach Abschluss der staatsanwaltlichen Ermittlungen wird das nationale Gericht der Hauptverhandlung ernannt. Das nationale Recht dieses Gerichts bestimmt den Ablauf der Hauptverhandlung. Folglich ist das Recht, das während des staatsanwaltlichen Verfahrens Anwendung findet, nicht automatisch das Recht, das der gerichtlichen Hauptverhandlung zugrunde liegt. Auch die Bewertung der Verwertbarkeit eines Beweismittels unterliegt dem nationalen Recht des Gerichts. Die

---

<sup>1137</sup> Amtsbl. Nr. L/283 v. 31.10.2017, S. 1 ff.

<sup>1138</sup> S. nur Zerbes, ZIS, 2015, S. 145 ff.

<sup>1139</sup> Zum einen Delmas-Marty, *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, Carl Heymann Verlag, Köln, 1998, zum anderen Ligeti, *Toward a Prosecutor for the European Union*, Vol. 1, 2.

Verordnung statuiert diesbezüglich keine Verwertungsmaßstäbe, sondern besagt nur, dass ein Beweismittel nicht allein deshalb als unzulässig abgelehnt werden kann, weil es in einem anderen Mitgliedstaat oder nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats erhoben wurde, s. Art. 37. Angesichts dieser komplexen Rechtsanwendungsregelung spricht man in der Literatur zu Recht von einem „*Rechtsquellenalat*“<sup>1140</sup>, da zum einen verschiedene nationale Rechtsordnungen, die wie der Rechtsvergleich zeigt, stark divergieren können, und zum anderen nationale Vorschriften mit europäischen Maßstäben in Einklang gebracht werden müssen. Zudem greift die Verordnung zwar für die Beweiserhebung, ebenso wie die RL, auf den Grundsatz des „forum regit actum“ zurück, jedoch ist das „forum“ der Ermittlungen nicht immer das „forum“ der Hauptverhandlung, so dass Beweiserhebung und -verwertung unterschiedlichen nationalen Regeln unterstehen können. In diesem Zusammenhang kann es auch zu Widersprüchen mit der RL kommen<sup>1141</sup>. Wenn ein Europäischer Staatsanwalt auf ein, durch eine EEA erlangtes, Beweismittel zurückgreift, kann es sein, dass sich dessen Verwertbarkeit nach anderen Maßstäben richtet, als dies während dem Verfahren in dem Anordnungsstaat der EEA der Fall war. Der Grundsatz des „forum regit actum“ läuft damit Gefahr ausgehöhlt zu werden. In der Konzeption der Verordnung wird zudem eine Gefahr für die Rechte des Angeklagten gesehen, der sich unterschiedlichen Rechtsordnungen unterworfen sehen kann. Durch die Etablierung einheitlicher europäischer Standards hätten diese Dissonanzen vermieden werden können<sup>1142</sup>.

Es ist zu bedauern, dass, auch mit Blick auf die zeitliche Nähe des Erlasses der RL und der Verordnung, kein einheitliches strafrechtliches Vorgehen entwickelt werden konnte. Dies stellt unter Beweis, dass sich die Mitgliedstaaten bislang nicht auf ein europäisches Gesamtkonzept für Strafverfahren auf dem Unionsgebiet einigen konnten und die Schaffung einer europäischen Strafverfahrensordnung ein fernes Zukunftsprojekt bleibt.

---

<sup>1140</sup> Zerbes, ZIS, 2015, S. 149.

<sup>1141</sup> So schon in dem Ratsdok. 12344/16 v. 19.09.2016, S. 5 ff. aufgeführt. Auch Brodkowski sieht die Gefahr von „*Friktionen zur Europäischen Ermittlungsanordnung*“, s. ZIS, 2017, S. 689.

<sup>1142</sup> So auch Zerbes, ZIS, 2015, S. 153 ff. mwN.



## Résumé

### La décision d'enquête européenne et sa mise en œuvre en droits français et allemand

#### Introduction

La présente étude est consacrée à l'un des aspects de l'entraide judiciaire en matière pénale dans l'Union européenne (ci-après, l'UE) : la recherche transfrontalière des preuves pénales. De manière générale, l'entraide judiciaire pénale engage les autorités judiciaires des États membres à coopérer entre elles. Cette coopération est primordiale pour la mise en place d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice, objectif primaire de l'Union énoncé aux articles 3 TUE et 67 TFUE. Toutefois, l'entraide peut s'avérer plus délicate qu'elle n'y paraît en raison des principes de souveraineté et de territorialité, deux principes fortement défendus par les États européens. Surtout, sa mise en œuvre concrète se heurte parfois aux différences entre les droits procéduraux nationaux.

De multiples textes ont encadré juridiquement l'entraide judiciaire en matière pénale aux objectifs de recherche des preuves. À cet égard, la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne du 29 mai 2000<sup>1143</sup> (ci-après, la convention du 29 mai 2000), qui a complété<sup>1144</sup> la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, élaborée par le Conseil de l'Europe le 20 avril 1959<sup>1145</sup> (ci-après, la convention du 20 avril 1959), a longtemps déterminé le déroulement de la procédure de l'entraide.

---

<sup>1143</sup> Acte du Conseil du 29 mai 2000 établissant conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, JO des Communautés européennes n° C 197 du 12.07.2000, p. 1 et suiv.

<sup>1144</sup> Convention du 29 mai 2000, préambule.

<sup>1145</sup> Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du Conseil de l'Europe du 20 avril 1959, Séries des traités européens n° 30.

Cette convention a consacré un système traditionnel de coopération entre les États européens. Les demandes d'entraide s'effectuaient par le biais de commissions rogatoires internationales et leur exécution n'était pas contraignante. Les règles établies par la convention du 29 mai 2000 se sont avérées, pour plusieurs raisons, peu satisfaisantes.

Tout d'abord, une entraide pouvait être refusée dès lors que l'État requis estimait la demande étrangère de nature à porter atteinte à sa souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels<sup>1146</sup>. En conséquence, les États n'étaient guère obligés d'exécuter les commissions rogatoires internationales qui leurs étaient soumises. Selon les pays, le taux de refus pouvait être très élevé. De plus, les formulaires de demande d'entraide différaient d'un État à l'autre. Ainsi, selon l'État requérant, son contenu pouvait être jugé insuffisant par l'État requis, ce qui pouvait également mener à un refus d'entraide.

Par ailleurs, les commissions rogatoires internationales faisaient l'objet d'une exécution tardive. Soit l'État requis se refusait à restituer les preuves, soit ces dernières arrivaient avec un tel retard qu'elles ne présentaient plus qu'une utilité très réduite pour les autorités requérantes. Ainsi, les commissions rogatoires internationales ne permettaient pas de recueillir en temps utile les éléments recherchés.

De plus, en raison des divergences entre les divers droits procéduraux nationaux, les commissions rogatoires internationales s'avéraient parfois inefficaces. Les procédures nationales prévoyant des règles divergentes quant à l'exécution d'une mesure d'enquête, les preuves recueillies à l'étranger arrivaient sous une forme qui ne permettait pas toujours aux autorités requérantes de véritablement les exploiter.

En outre, au-delà de ces dysfonctionnements, le cadre juridique entourant la recherche de preuves transfrontalières est devenu très fragmenté au cours des années. La multitude de textes applicables (la convention du 20 avril 1959 ainsi que celle du 29 mai 2000 auxquelles ont été ajoutés d'autres actes européens avec un champ d'application restreint, p.ex. la décision-cadre

---

<sup>1146</sup> Article 2b) de la Convention du 20 avril 1959.

relative à l'exécution des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve<sup>1147</sup>) a rendu le système d'entraide trop complexe.

En raison de ces insuffisances, une volonté européenne d'améliorer l'entraide aux fins de recherche des preuves pénales s'est manifestée.

Le dernier outil en date concernant cet aspect d'entraide européenne est la directive 2014/41/UE relative à la décision d'enquête européenne. Entrée en vigueur le 21 mai 2014, elle devait être transposée en droit interne par les États membres au plus tard le 22 mai 2017. Le projet ambitieux qu'elle porte est de réformer l'entraide judiciaire en matière pénale en ce qui concerne la collecte des preuves et la saisie des biens transfrontalières. En effet, l'ancien système était considéré comme « *trop fragmenté et trop complexe* »<sup>1148</sup>.

La directive introduit un nouvel instrument d'entraide, la décision d'enquête européenne (ci-après, DEE), qui est fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle. Elle instaure des règles d'émission et de reconnaissance à l'étranger d'une telle décision. Cependant, la directive n'aborde pas la question du régime juridique selon lequel doivent être prélevées les preuves dans l'État d'exécution de la DEE. Elle ne prévoit pas de règles communes ni d'harmonisation juridique quant aux modalités d'exécution d'une DEE.

Deux questions se posent à cet égard. Premièrement, il faut s'interroger sur le point de savoir si les nouvelles dispositions prévues par la directive produisent les effets souhaités et si elles ont été transposées de manière satisfaisante dans les ordres juridiques nationaux. Cette analyse est nécessaire car, si la procédure applicable à la DEE obéit en premier lieu au droit de l'Union, elle est fortement influencée par sa transposition dans le droit national des États membres. Le succès des mécanismes proposés par la directive dépend donc de la volonté des législateurs nationaux d'adopter intégralement cette nouvelle réglementation. Deuxièmement, il s'agit de déterminer si la mise en œuvre concrète de la directive, c'est-à-dire l'émission et l'exécution

---

<sup>1147</sup> Décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve, JO de l'Union européenne n° L 196 du 02.08.2003, p. 45 et suiv.

<sup>1148</sup> Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014, préambule, pt 5.

d'une DEE, peut se heurter aux divergences des droits procéduraux nationaux et même porter atteinte aux droits du suspect et aux libertés fondamentales nationales. La directive vise en effet à articuler les différentes réglementations nationales par le mécanisme de la reconnaissance mutuelle sans prévoir de régime commun d'obtention des preuves à l'étranger. L'introduction d'une DEE s'inscrit-elle ainsi dans un objectif d'harmonisation des procédures pénales existantes dans l'espace européen ou s'agit-il plutôt d'une coopération forcée aux dépens des droits du suspect ?

Le choix d'une approche comparative des législations française et allemande pour l'analyse de ces questions tient à plusieurs raisons. La première est d'ordre pratique : il n'existe pas d'étude récente concernant l'utilisation concrète de l'entraide en matière d'obtention des preuves pénales à l'étranger entre la France et l'Allemagne. Pourtant, la proximité géographique des deux pays laisse supposer qu'il existe un nombre élevé de demandes de transfert de preuves. De plus, en raison d'une proximité culturelle et historique<sup>1149</sup>, les deux régimes nationaux sont dominés par le modèle continental, dit inquisitoire, et pourraient pour cette raison présenter certaines similitudes. De surcroît, les deux procédures pénales connaissent une phase préparatoire pendant laquelle l'affaire doit être mise en état d'être jugée. Cette phase est notamment consacrée à la constatation d'une infraction à la loi pénale, au rassemblement des éléments de preuve, ainsi qu'à l'identification des auteurs. Tant en France qu'en Allemagne, elle est essentielle car elle commande bien souvent l'issue du procès, c'est-à-dire le jugement. En droit français, cette phase contient l'enquête de police<sup>1150</sup> et/ou l'instruction préparatoire<sup>1151</sup>, selon la nature de l'infraction en cause. En droit allemand, elle consiste en l'*Ermittlungsverfahren* (instruction préparatoire sous la direction du ministère public)<sup>1152</sup>. Les deux régimes juridiques prévoient l'intervention de la police, du ministère public et d'un juge à ce stade de la procédure. La nature de la phase préparatoire la destine donc à être le lieu d'émission d'une DEE. Cela conduit à centrer l'analyse comparative sur cette phase des

---

<sup>1149</sup> Voir par exemple l'influence du Code napoléonien sur l'ordre juridique allemand.

<sup>1150</sup> Articles 53 et suiv. du CPP.

<sup>1151</sup> Articles 79 et suiv. du CPP.

<sup>1152</sup> §§ 151 et suiv. de la StPO (*Strafprozessordnung*, Code de procédure pénale).

procédures pénales nationales. Les mesures d'enquête relatives à l'audition du suspect et du témoin, la perquisition et la saisie, sont plus spécifiquement étudiées car elles sont fréquemment ordonnées.

À travers ce prisme, la présente étude vise à apporter des réponses aux questionnements proposés. Doit ainsi être analysé le contenu de la directive européenne et sa transposition dans les ordres juridiques nationaux français et allemand (I) afin de pouvoir examiner la mise en œuvre concrète de la directive à travers l'exemple d'une entraide entre la France et l'Allemagne (II).

## **I. La réforme opérée par la directive 2014/41/UE**

La directive introduit des règles destinées à organiser le futur système européen de recherche des preuves pénales. Toutefois, il est légitime de se demander si ces nouvelles règles conduisent à une véritable réforme de l'entraide judiciaire. Pour le déterminer, les nouvelles approches adoptées doivent être décrites (A) et la transposition de la directive dans les ordres juridiques français et allemand analysée (B).

### **A) Les nouvelles approches adoptées par la directive**

L'étude des origines et de l'évolution de l'entraide européenne aux fins de recherche de la preuve pénale permet de constater que la directive opère une réforme du système traditionnel à plusieurs niveaux.

L'une des préoccupations majeures de la directive était l'introduction du principe de reconnaissance mutuelle en matière d'entraide européenne aux fins de recherche des preuves. Consacré en vertu de l'article 82 TFUE, il est considéré comme la pierre angulaire de l'espace judiciaire depuis le Conseil européen de Tampere de 1999 et depuis, son renforcement est



revendiqué par les institutions européennes<sup>1153</sup>. La reconnaissance mutuelle vise à opérer un changement par rapport aux mécanismes de coopération préexistants, sa mise en œuvre entraînant une simplification et une accélération des procédures. En vertu de ce principe, dont la mise en œuvre la plus remarquable en matière pénale est le mandat d'arrêt européen<sup>1154</sup>, un État qui a besoin d'obtenir une preuve, un document ou une information, peut émettre une DEE. Celle-ci sera mise en œuvre par l'État membre dans lequel ces éléments probatoires sont susceptibles d'être recueillis sans qu'aucune formalité soit requise. En effet, la DEE doit en principe être exécutée de la même manière que si la mesure d'enquête avait été ordonnée par une autorité de l'État d'exécution. Le second changement significatif qui émane du principe de reconnaissance mutuelle entraîne la mise à l'écart de l'exigence de double incrimination pour certaines catégories d'infractions<sup>1155</sup>. Néanmoins, la directive ne prévoit pas de reconnaissance automatique des décisions étrangères. Les pays membres peuvent en effet se prévaloir de l'un des motifs de non-reconnaissance ou de non-exécution, limitativement énumérés par la directive<sup>1156</sup>. Parmi ceux-ci, l'article 11, al. 1, f) prévoit un ordre public européen lorsqu'il autorise un État membre à refuser la reconnaissance ou l'exécution d'une DEE en présence de motifs sérieux de croire que l'exécution de la mesure d'enquête demandée par la DEE serait incompatible avec les obligations de l'État d'exécution conformément à l'article 6 du TUE et la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Cependant, il est possible que les États membres recourent fréquemment à ce motif de non-reconnaissance ou de non-exécution. Cela risquerait de mener à une neutralisation du principe de reconnaissance mutuelle.

Le deuxième objectif visé par la directive a trait à l'introduction d'un instrument d'entraide simplifié. La DEE a été créée à cette fin. Elle se définit comme une décision judiciaire émise

---

<sup>1153</sup> Résolution du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales, JO de l'Union européenne n° C 295 du 04.12.2009, p. 1 et suiv.

<sup>1154</sup> Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, JO de l'Union européenne n° L 190 du 18/07/2002, p. 1 et suiv.

<sup>1155</sup> Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014, article 11, al. 1, g) et annexe D.

<sup>1156</sup> Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014, articles 9 et 11.

ou validée par une autorité judiciaire d'un État membre, l'État d'émission, afin de faire exécuter une ou plusieurs mesures d'enquête spécifiques dans un autre État membre, l'État d'exécution, en vue d'obtenir des preuves<sup>1157</sup>. La directive remplace les instruments européens préexistants pour créer un dispositif unique qui régit l'obtention et le transfert des preuves pénales entre les États membres. De plus, la directive concrétise la notion européenne d'autorité judiciaire en exigeant qu'une DEE fasse l'objet d'un contrôle par « *un juge, une juridiction, un juge d'instruction ou un procureur* »<sup>1158</sup>. Le contrôle doit porter sur la conformité aux principes de nécessité et de proportionnalité<sup>1159</sup>. En cela, la directive réagit aux insuffisances détectées dans le texte de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen. D'une part, ce texte omet de définir la notion d'autorité judiciaire. L'absence d'une telle définition a d'ailleurs divisé la doctrine avant que la Cour de justice de l'Union européenne se prononce sur l'interprétation de la décision-cadre en 2016<sup>1160</sup>. D'autre part, elle n'évoque pas l'exigence de proportionnalité. L'absence de proportionnalité des mandats d'arrêt européens constitue un problème majeur en Allemagne et mène souvent au refus d'exécution d'une décision étrangère.

Le troisième objectif de la directive résidait dans la formalisation de la procédure d'entraide. Ainsi, une DEE doit désormais être émise à l'aide d'un formulaire spécifique<sup>1161</sup>. Le formulaire doit être complété, signé, et son contenu certifié comme exact par l'autorité d'émission. En outre, le contenu de la DEE doit répondre aux exigences formulées par l'article 5 de la directive. Ainsi, certaines informations telles que l'objet et les motifs de la DEE, les informations nécessaires et disponibles sur la ou les personnes concernées et une description de l'acte délictueux faisant l'objet de l'enquête doivent apparaître dans la DEE. L'État d'exécution est tenu de respecter les délais fixés pour la reconnaître et l'exécuter. La directive condamne de cette manière les pratiques courantes observées chez les États membres de refuser ou simplement négliger l'exécution des demandes d'entraide. Ces refus étaient liés au fait que les commissions rogatoires internationales ne sont pas soumises à des formalités précises. Elles

---

<sup>1157</sup> Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014, article premier, al. 1.

<sup>1158</sup> Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014, article 2, c), i), ii).

<sup>1159</sup> Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014, article 6, al. 1.

<sup>1160</sup> CJUE, arrêt du 10 novembre 2016, Kovalkovas, C-477/16 PPU.

<sup>1161</sup> Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014, annexe A.

étaient souvent rédigées de manière lacunaire et incomplète, par manque de description suffisante des objectifs et motifs des mesures demandées. En formalisant la procédure d'émission d'une DEE, la directive tente de répondre à ce problème et de renforcer la coopération entre les États membres. Cependant, certains praticiens déplorent la rédaction du formulaire de DEE, l'estimant trop volumineux, et donc peu pratique. Certaines autorités nationales ont d'ailleurs rédigé leurs propres formulaires pour simplifier l'usage quotidien de ceux-ci<sup>1162</sup>. L'implication des autorités judiciaires des États membres dans l'élaboration de ce formulaire aurait été opportune.

Les principales innovations de la directive portent donc sur l'émission et la reconnaissance d'une DEE. La directive ne réforme pas les modalités d'exécution d'une mesure d'enquête à l'étranger. Ladite mesure est exécutée selon les mêmes modalités qu'auparavant. De ce fait, l'exécution d'une DEE est, en principe, soumise au droit national de l'État d'exécution selon le principe *locus regit actum*. Cependant, la directive conserve le principe *forum regit actum*, déjà prévu par l'article 4, al. 1 de la convention du 29 mai 2000. Ce principe signifie que l'autorité d'exécution respecte les formalités et procédures expressément indiquées par l'autorité d'émission, sauf si la directive en dispose autrement et sous réserve que ces formalités et procédures ne soient pas contraires aux principes fondamentaux du droit de l'État d'exécution<sup>1163</sup>. En effet, l'objectif du principe *forum regit actum* est d'obtenir une preuve juridiquement admissible dans l'État d'émission.

La directive et, avant elle, l'introduction du principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale ont pourtant fait l'objet de vives critiques. Une réforme de l'entraide aux fins de recherche des preuves pénales sans harmonisation substantielle des procédures pénales nationales et sans établissement de règles communes d'obtention des preuves a été décriée, car jugée peu efficace et contenant un risque potentiel pour les droits du suspect. En effet, la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires dans le contexte de la coexistence de systèmes répressifs nationaux hétérogènes pourrait mener à une dégradation des droits du

---

<sup>1162</sup> v. le modèle d'une DEE bilingue élaborée conjointement par le ministère public de Strasbourg et le ministère public d'Offenburg dans l'annexe.

<sup>1163</sup> Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014, article 9, al. 2.

suspect, voire à une violation des principes fondamentaux du droit de l'État d'exécution. De plus, la condition *sine qua non* au bon fonctionnement d'une reconnaissance mutuelle, à savoir la confiance que s'accordent mutuellement les États, ne serait pas satisfaite en l'espèce. Reste à savoir comment les États membres ont transposé la directive dans leurs ordres juridiques nationaux.

## **B) La transposition de la directive en droits français et allemand**

Au-delà des avancées proposées par la directive, le succès du projet qu'elle propose dépend de sa transposition dans les ordres juridiques nationaux. Sur ce point, les approches des législateurs français et allemand divergent. Certes, les deux pays ont transposé la directive dans le délai imparti et la DEE a été intégrée dans les deux ordres juridiques nationaux. De plus, les législateurs ont respecté les prescriptions de la directive relatives au formulaire à utiliser pour déclencher une DEE ainsi qu'aux délais fixés pour prendre une décision de reconnaissance ou pour exécuter la DEE dans un délai raisonnable. Néanmoins, les autres modalités mises en place pour la transposition diffèrent entre les législations française (1) et allemande (2).

### **1. Une transposition volontaire en droit français**

De son côté, le législateur français a montré la volonté d'adopter soigneusement la directive en procédant à un « *copier-coller* »<sup>1164</sup> de la directive européenne<sup>1165</sup>. Ce procédé révèle une certaine confiance – ou un aveuglement – du législateur français à propos de l'existence d'une protection effective de l'État de droit dans les autres États membres de l'UE.

---

<sup>1164</sup> Roux-Demare, AJP, Dalloz, 2017, p. 115.

<sup>1165</sup> Voir les articles 694-14 et suiv. du CPP.

Les dispositions relatives à l'entraide avec les États membres de l'UE se trouvent aux articles 694-14 et suivants du Code de procédure pénale (ci-après, CPP), ajoutés lors de la transposition de la directive. Quant aux dispositions concernant la phase préparatoire de la procédure pénale, elles se trouvent dans le premier livre du CPP. Les procédures parallèles de l'information et de l'enquête de police ayant été conservées s'agissant de l'entraide, soit le ministère public, soit le juge d'instruction sont chargés d'émettre et d'exécuter une DEE.

La confiance susmentionnée du législateur français se manifeste lors de la phase d'émission d'une DEE. Ainsi, le nouvel article 694-20, al. 3 du CPP prévoit le transfert de la compétence du juge des libertés et de la détention français pour autoriser une mesure d'exécution émise par le procureur ou un juge d'instruction français à un juge de l'État d'exécution.

De plus, la loi transposant la directive prévoit la subsidiarité de l'exécution d'une DEE selon les règles prévues par le CPP et renforce en conséquence le principe *forum regit actum*. À ce titre, l'article 694-36 du CPP se distingue significativement de l'article précédemment applicable, l'article 694-3 du CPP. Ce dernier prévoyait, dans un premier temps, l'exécution d'une demande étrangère selon les règles de procédure pénale françaises. Ce n'est que dans un deuxième temps que cet article se référait à la possibilité d'exécuter une telle décision selon les règles procédurales étrangères.

Le législateur français a également opté pour une judiciarisation de l'entraide pénale. Selon les nouvelles dispositions du CPP, l'exécution des mesures coercitives est en principe réservée à un juge d'instruction<sup>1166</sup>. Ainsi, la compétence du juge d'instruction ne dépend pas d'un mandat du ministère public en ce sens qu'il n'a pas besoin d'être saisi par le ministère public dans le cadre d'une procédure d'entraide internationale, contrairement à une procédure nationale<sup>1167</sup>. Ce dernier est exclusivement compétent lorsque la DEE porte sur des actes ne pouvant être ordonnés ou exécutés qu'au cours d'une instruction préparatoire, ou ne pouvant être exécutés au cours d'une enquête qu'avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention<sup>1168</sup>. Au

---

<sup>1166</sup> Article 694-30, al. 2 du CPP.

<sup>1167</sup> Article 51, al. 1 du CPP (saisie par un réquisitoire du procureur de la République ou par une plainte avec constitution de partie civile).

<sup>1168</sup> Article 694-30, al. 2 du CPP.

regard de la nature des actes demandés, le pouvoir d'exercer sa compétence pour l'ensemble des actes coercitifs lui est donc reconnu. En revanche, le juge des libertés et de la détention ne joue aucun rôle lors d'une procédure d'entraide pénale. On constate ainsi que le législateur a choisi de recourir au concept classique de la procédure pénale française en réservant l'exécution des mesures coercitives à la compétence du juge d'instruction.

En outre, le législateur a veillé à ce que les droits de certaines personnes touchées par une DEE soient renforcés. Lorsque des mesures exécutées sur le territoire national en application d'une DEE auraient pu, si elles avaient été exécutées dans le cadre d'une procédure nationale, faire l'objet d'une contestation, d'une demande de nullité ou de toute autre forme de recours en application des dispositions du CPP, ces recours peuvent, dans les mêmes conditions et selon les mêmes modalités, être formés contre ces mesures par les personnes intéressées. Ces mêmes personnes sont informées de la possibilité d'exercer de tels recours lorsque cette information est prévue par les dispositions du CPP<sup>1169</sup>.

La loi envisage également - et pour la première fois - les conséquences d'une mesure d'enquête réalisée dans l'État d'exécution et contestée avec succès devant les autorités étrangères conformément au droit de cet État. Dans un tel cas, la contestation n'entraîne pas en soi la nullité des éléments de preuves adressés aux autorités françaises, mais ces éléments ne peuvent servir de seul fondement à la condamnation de la personne. Si la contestation à l'étranger peut également influencer la force probatoire d'un élément de preuve<sup>1170</sup>, le principe de la libre appréciation des preuves est respecté, l'article 694-24, al. 1 du CPP ne contenant que des valeurs de référence pour apprécier une preuve provenant de l'étranger. *A contrario*, les anciennes dispositions ne prévoyaient aucune règle concernant le traitement des preuves recueillies par des autorités étrangères.

Par ailleurs, lors de la transposition de la directive, le champ d'application de certaines dispositions du Code pénal a été élargi afin de punir le refus de témoigner ou le faux témoignage

---

<sup>1169</sup> Article 694-41, al. 1 du CPP.

<sup>1170</sup> Article 694-24, al. 1 du CPP.

lors de l'exécution d'une DEE étrangère sur le territoire national<sup>1171</sup>. Le droit français prend ainsi en compte les intérêts des autres États membres de l'UE à poursuivre pénalement des malfaiteurs et les protège au même titre qu'un intérêt national.

Toutefois le dualisme de procédure entre l'information, menée par le juge d'instruction d'une part, et l'enquête de police, placée sous la direction du ministère public d'autre part, est conservé. Les réformes visant à l'unification de la procédure pénale et notamment à l'abolition du juge d'instruction, dont la double fonction d'enquêteur et d'autorité juridique est regardée d'un œil critique, n'ont toujours pas abouti. Il en résulte que les droits du suspect, comme le déroulement des investigations, diffèrent selon le cadre d'enquête malgré le fait que les compétences entre ces autorités se ressemblent de plus en plus. En effet, les pouvoirs des enquêteurs de police et du ministère public lors d'une enquête préliminaire ont été significativement augmentés par la loi Perben II du 9 mars 2004<sup>1172</sup>. L'enquête préliminaire était réputée peu intrusive. Au fil du temps, l'intensité de l'intervention sur les libertés individuelles du suspect s'est accrue.

Par conséquent, une DEE peut être émise soit selon les dispositions des articles 75 et suiv., soit selon celles des articles 79 et suiv. du CPP<sup>1173</sup>. Elle peut être exécutée soit par un procureur, soit par un juge d'instruction<sup>1174</sup>. La conservation de ce dualisme conduit au maintien des inégalités entre les droits d'une personne soupçonnée lors d'une enquête et lors d'une information. Cette inégalité touche d'abord le suspect faisant l'objet d'une poursuite pénale en France. Lors d'une enquête, il ne peut en principe contester une DEE et ne peut demander l'émission d'une DEE qu'un an après l'accomplissement d'un des actes prévus aux articles 61-1 et 62-2 du CPP<sup>1175</sup>. Cette inégalité demeure également face à un suspect qui se voit confronté à une procédure pénale à l'étranger. Ainsi, le suspect ne peut formuler de recours contre une DEE lorsque celle-ci a été exécutée sur le territoire français selon les articles 75 et

---

<sup>1171</sup> Article 694-48, al. 2 du CPP.

<sup>1172</sup> Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (1), JORF n° 59 du 10 mars 2004, p. 4567, texte n° 1.

<sup>1173</sup> Article 694-20 du CPP.

<sup>1174</sup> Article 694-30 du CPP.

<sup>1175</sup> Articles 77-2 et 694-20, al. 2 du CPP.

suiv. du CPP. Cependant, le suspect étranger sera moins affecté par cette inégalité car, dans la plupart des cas, les mesures coercitives particulièrement susceptibles de porter atteinte aux libertés fondamentales seront exécutées sous la responsabilité du juge d'instruction<sup>1176</sup>. Les dispositions des articles 79 et suiv. du CPP concernant une information régiront donc l'exécution des DEE. Le suspect étranger bénéficiera ainsi des droits accrus propres à la personne mise en examen, et notamment d'un droit au recours contre l'exécution de la DEE. Il n'en va pas de même en droit allemand.

## 2. Une transposition minimale en droit allemand

Le législateur allemand a manifesté dès le début une certaine méfiance envers la réforme européenne de l'entraide judiciaire aux fins de recherche de la preuve pénale. Au cours de l'élaboration du texte définitif de la directive, les autorités allemandes se sont opposées à l'introduction du principe de reconnaissance mutuelle en la matière au motif qu'il serait trop contraignant et dangereux pour les principes fondamentaux nationaux. Cette opposition avait déjà été exprimée face à la décision-cadre introduisant le mandat d'obtention de preuves en 2008. Le mandat d'obtention de preuves, instrument mort-né en raison du refus du législateur allemand (loin d'être l'unique refus) de le transposer en droit national, était ainsi privé de tout effet juridique.

Les autorités allemandes ont ensuite tenté d'introduire dans la directive un large catalogue de motifs de non-reconnaissance ou de non-exécution, qui ont été rejetés par les autres États membres. A la lecture de la position rendue par le gouvernement fédéral allemand (*Bundesregierung*) le 19 mai 2014<sup>1177</sup>, il apparaît clairement que les autorités allemandes n'étaient, jusqu'à la fin de l'élaboration du texte de la directive, pas convaincues du projet de cet acte européen. Répondant à la question de la nécessité de la directive soulevée par certains

---

<sup>1176</sup> Cf supra p. 9.

<sup>1177</sup> Le Parlement fédéral allemand (*Deutscher Bundestag*), imprimé (*Drucksache*) 18/439 du 19.05.2014, p. 3.



parlementaires, le gouvernement estime que son introduction ne paraît pas nécessaire. À travers ce positionnement, les autorités allemandes expriment un malaise face à l'introduction de la DEE fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle.

En définitive, la loi allemande de transposition de la directive traduit une méfiance certaine envers l'utilité de la réforme ainsi qu'envers l'existence d'une protection effective de l'État de droit dans les autres États membres de l'UE<sup>1178</sup>.

D'abord, il est rappelé que la procédure pénale allemande est réglementée par le code de procédure pénale, la *Strafprozessordnung* (ci-après, StPO), tandis que les dispositions relatives à l'entraide entre l'Allemagne et les autres États membres de l'Union figurent dans la loi sur l'entraide judiciaire internationale, le *Internationales Rechtshilfegesetz* (ci-après, IRG). La directive européenne a été transposée aux §§ 91a et suivants de l'IRG.

Bien que la loi de transposition introduise le principe de reconnaissance mutuelle, elle conserve un nombre non négligeable d'éléments de l'entraide pénale traditionnelle. Le lexique utilisé est d'ailleurs significatif. Par exemple, la loi n'évoque pas la « décision d'enquête »<sup>1179</sup> (*Anordnung*), qui impliquerait une certaine contrainte à reconnaître et exécuter une décision étrangère, mais au contraire la « commission rogatoire »<sup>1180</sup> (*Ersuchen*)<sup>1181</sup>, qui laisse supposer une marge d'appréciation pour accepter de fournir l'entraide.

Par ailleurs, le législateur allemand mentionne un certain nombre d'exigences pour l'exécution d'une DEE étrangère, même pour des mesures non-coercitives. Ces exigences ne sont pourtant pas prévues par la directive. En ce sens, un témoin doit par exemple consentir à une audition par vidéoconférence<sup>1182</sup>.

En outre, la transposition de la directive n'élargit pas le champ d'application de l'entraide à l'ensemble des infractions pénales. Le refus de témoigner et le faux témoignage lors de

---

<sup>1178</sup> §§ 91a et suiv. de l'IRG.

<sup>1179</sup> Nous soulignons.

<sup>1180</sup> Nous soulignons.

<sup>1181</sup> § 91d de l'IRG.

<sup>1182</sup> § 91c, al. 1 de l'IRG.

l'exécution d'une DEE sur le territoire national restent impunis<sup>1183</sup>. Le droit allemand ne permet donc pas de protéger l'intérêt des autres États membres à poursuivre des malfaiteurs et à les sanctionner. Aussi, l'occasion n'a pas été saisie par le législateur d'accroître la garantie des droits du suspect touché par l'exécution d'une DEE. Il n'existe donc pas d'obligation de l'informer du droit au recours dont il bénéficie selon le droit allemand. Par conséquent, un suspect étranger, qui en général ne maîtrise pas la langue allemande, pourrait être privé des droits normalement accordés au suspect par le droit allemand.

Malgré quatre ans de préparation de la réforme, les craintes du législateur allemand concernant une entraide trop large n'ont pu être apaisées. Celui-ci est resté sceptique quant à l'utilité de la réforme de l'entraide pénale aux fins de recherche de la preuve et à un renforcement de la coopération entre les États membres. Ce scepticisme a de toute évidence mené à une transposition peu satisfaisante de la directive. Dans le cadre de ce mécanisme, les dossiers d'entraide traités avec les autorités allemandes pourront par conséquent être longs et laborieux. Cela contrecarre totalement l'objectif de la directive de rendre l'entraide européenne aux fins de recherche des preuves pénales entre les États membre plus fluide et plus efficace. Ce constat montre que l'efficacité d'une initiative, notamment d'une directive européenne, dépend largement de la volonté de chaque État membre de contribuer au bon fonctionnement de celle-ci et non pas seulement de la qualité de rédaction du texte.

En résumé, la réforme introduite par la directive et visant à pallier les problèmes de l'entraide européenne aux fins de recherche de la preuve pénale, se traduit principalement par la mise en place de la DEE, fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle et de la formalisation des échanges entre les autorités d'émission et d'exécution. Cependant, la directive restreint ces innovations en faisant référence à un ordre public européen dans son article 11, al. 1, f). De plus, elle perd l'occasion d'établir des règles communes quant à l'exécution d'une mesure d'enquête ordonnée par un État étranger. Enfin, la transposition divergente de la directive dans les droits nationaux, démontrée à l'exemple des lois française et allemande, est susceptible d'entraver une entraide fluide et efficace. Il apparaît dès lors probable que la directive

---

<sup>1183</sup> §§ 153, et suiv. du Code pénal allemand (*Strafgesetzbuch*).

n'entraînera pas de véritable amélioration de l'entraide aux fins de recherche des preuves pénales.

## **II. La mise en œuvre concrète de la directive**

Dans un second temps, la mise en œuvre concrète de la directive est analysée à travers le prisme de l'entraide entre la France et l'Allemagne. La directive vise en effet à articuler les différentes réglementations nationales par le mécanisme de la reconnaissance mutuelle, sans pour autant prévoir de régime commun d'obtention des preuves à l'étranger. Ainsi, il se pose la question de savoir si les ordres juridiques diffèrent à un tel point qu'une entraide s'avère inefficace ou peut même porter atteinte aux droits des justiciables.

Comme cela a été observé auparavant, l'introduction du principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale, qui sert à rendre la coopération entre les États membres plus contraignante, a fait l'objet de vives critiques. Une réforme de l'entraide aux fins de recherche des preuves pénales sans harmonisation substantielle des procédures pénales nationales et sans établissement de règles communes d'obtention des preuves a été jugée peu efficace et potentiellement risquée pour le respect des droits du suspect. À partir de ce constat, il s'agit d'analyser les risques réels dérivant de ce nouveau mécanisme d'entraide au travers de l'exemple de procédures d'entraide opérées entre la France et l'Allemagne (A) afin de proposer des éléments de réformes susceptibles de résoudre les défaillances du nouveau système d'entraide résultant de ladite mise en œuvre (B).

### **A) Les effets des différences entre les droits procéduraux français et allemand**

Dans les ordres juridiques nationaux, les principes directeurs du procès pénal visent à garantir un procès équitable et à respecter les droits du suspect. Ce sont pour l'essentiel les principes

proclamés à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (ci-après, Conv. EDH) et dont on peut présumer qu'ils transcendent les législations internes. Les procédures pénales française et allemande partagent donc un socle commun de principes fondamentaux qui commandent et s'imposent à la procédure pénale. Parmi eux, on compte la présomption d'innocence, le droit au silence et le respect des droits de la défense. Ces principes fondamentaux posent des limites aux pouvoirs des enquêteurs.

Malgré cette base commune, la mise en œuvre pratique de ces principes fondamentaux ainsi que les limites qu'ils posent aux pouvoirs des enquêteurs semblent différer selon les droits nationaux. Ce sont spécifiquement ces différences qui entravent d'une part, la fluidité et l'efficacité de l'entraide franco-allemande lors de l'émission d'une DEE car elles peuvent aboutir à l'utilisation de motifs de non-reconnaissance ou de non-exécution d'une DEE (1). D'autre part, ces différences peuvent avoir un impact sur les modalités d'exécution d'une DEE, en ce sens que l'exécution risquerait même de conduire à une réduction des droits du suspect (2).

### **1. L'entrave à l'efficacité de l'entraide lors de l'émission d'une DEE**

Les différences entre les droits procéduraux nationaux peuvent représenter une entrave à l'entraide efficace lors de l'émission d'une DEE. En effet, les ordres juridiques prévoyant des exigences différentes pour ordonner une mesure d'enquête, en présence d'une DEE qui ne répond pas aux exigences de l'État d'exécution, ce dernier peut se prévaloir d'un motif de non-reconnaissance ou de non-exécution. Cela peut être le cas lorsque les mesures d'enquêtes demandées font l'objet de limites posées aux compétences des enquêteurs (a). De plus, il apparaît à travers l'exemple de la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen que, malgré l'instauration du principe de reconnaissance mutuelle, les États membres recourent à un contrôle qualitatif du contenu d'une décision étrangère. Ce contrôle peut également mener à un refus de mise en œuvre d'une DEE étrangère. Il se manifeste notamment par une vérification de l'existence de raisons plausibles de soupçonner qu'une personne a commis ou tenté de

commettre une infraction (*Anfangsverdacht*) ou du respect du principe de proportionnalité (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) (b).

#### a) Les limites absolues aux compétences des enquêteurs

Des limites absolues aux compétences des enquêteurs sont prévues par les ordres juridiques nationaux pour la phase préparatoire. Or, elles peuvent conduire à un refus de reconnaissance ou d'exécution d'une DEE. On entend par limites absolues l'interdiction pour les autorités en charge d'ordonner certaines mesures d'enquête. Le respect de ces limites, qui diffèrent selon leur étendue, est garanti par les lois nationales transposant la directive<sup>1184</sup>.

En Allemagne, la protection de certaines personnes tenues au secret professionnel constitue une limite absolue. Ainsi, les autorités chargées de l'enquête ne peuvent ordonner une mesure qui conduirait à dévoiler le secret professionnel d'un ecclésiastique, de l'avocat du suspect ou d'un parlementaire national ou européen<sup>1185</sup>. De plus, cette protection du secret professionnel interdit la saisie des correspondances entre le suspect et ces personnes, ainsi qu'entre le suspect et un/-e avocat/-e, notaire, comptable, conseiller/-ère fiscal, médecin, dentiste, psychologue, psychothérapeute, pharmacien/-ne ou sage-homme/-femme. En outre, la saisie de correspondances émises entre le suspect et un proche (fiancé/-e, en partenariat enregistré, époux/-se, apparenté/-e) est également interdite afin de respecter la vie privée et familiale<sup>1186</sup>. Enfin, la protection de la dignité humaine interdit de manière absolue toute forme d'interrogatoire d'un suspect qui recourrait à la torture, l'épuisement, l'agression physique, l'administration d'un produit, le dol, la menace illicite ou l'hypnose<sup>1187</sup>.

En France, l'une des limites absolues découle du droit de garder le silence et se matérialise par l'interdiction d'entendre une personne mise en examen en tant que témoin (c'est-à-dire qui

---

<sup>1184</sup> Articles 694-31, al. 1 et 694-36 du CPP, ainsi que § 91b de l'IRG.

<sup>1185</sup> § 160a, al. 1 de la StPO.

<sup>1186</sup> § 97 de la StPO.

<sup>1187</sup> § 136a, al. 1 de la StPO.

dépose sous serment)<sup>1188</sup>. Ainsi, la personne contre laquelle il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission d'un crime ou d'un délit d'une certaine complexité, ne peut être contrainte à être entendue en tant que témoin. Le droit de garder le silence est en l'espèce absolu. Une autre limite absolue tient à l'interdiction de saisir la correspondance émise entre le suspect et son avocat.

En substance, les deux ordres juridiques ne prévoient que des limites absolues très ponctuelles. Celles-ci diffèrent cependant et peuvent constituer un écueil à la mise en place d'une procédure d'entraide. Ainsi, la reconnaissance d'une DEE française émise pour perquisitionner le domicile du fiancé d'un suspect en Allemagne, afin de saisir les correspondances établies avec ce dernier, serait refusée<sup>1189</sup>. À l'inverse, l'exécution d'une DEE allemande qui ordonnerait l'audition d'une personne mise en examen en tant que témoin serait également refusée<sup>1190</sup>.

#### b) Les exigences relatives au contenu ou à la proportionnalité d'une DEE

Une autre limite se pose lorsque les régimes juridiques prévoient des exigences hétérogènes quant au contenu ou à la proportionnalité d'une mesure d'enquête.

Le droit allemand impose des exigences accrues quant à l'ordonnance de certaines mesures. Ainsi, une perquisition chez une autre personne que le suspect n'est autorisée qu'en cas de triple finalité énoncée dans une décision écrite et motivée : celle d'arrêter le suspect, de constater certaines traces de l'infraction pénale ou certaines preuves de celle-ci et de saisir certains biens<sup>1191</sup>. Dans ces trois cas est exigée la présence de certaines circonstances de fait afin qu'il soit possible d'en déduire la présence de la personne recherchée, de traces, de preuves ou de biens qui doivent être saisis. En outre, l'ordonnance d'une mesure d'enquête qui serait exécutée

---

<sup>1188</sup> Article 105 du CPP.

<sup>1189</sup> § 91b, al. 2, Nr. 2 de l'IRG.

<sup>1190</sup> Article 694-31, al. 1, Nr. 9 du CPP.

<sup>1191</sup> § 103 de la StPO.

contre certaines personnes tenues au secret professionnel doit répondre à des exigences élevées de proportionnalité<sup>1192</sup>. Or, il apparaît peu probable qu'une DEE française remplisse toutes ces exigences alors qu'elles sont inconnues du droit français.

À la différence du droit allemand, le droit français exige une décision écrite et motivée pour perquisitionner chez certaines personnes tenues au secret professionnel, tout en respectant le libre exercice de la profession<sup>1193</sup>. De plus, à l'inverse des §§ 102, 103 de la StPO, l'ordonnance d'une perquisition en tant que mesure coercitive exige un soupçon concernant une infraction d'une certaine complexité ou gravité<sup>1194</sup>. L'exécution d'une DEE allemande pourrait par conséquent être refusée en raison de la non-proportionnalité de la perquisition ordonnée. Au nom du respect des droits fondamentaux, des demandes d'exécution d'actes interdits dans l'État d'exécution sont susceptibles d'être refusées et de porter ainsi atteinte au système de la DEE. De la même manière, la protection des droits fondamentaux propres à chacun des États membres est susceptible d'avoir un impact sur les modalités d'exécution d'une DEE.

## 2. Les dangers pour les droits des justiciables lors de l'exécution d'une DEE

L'hétérogénéité des droits procéduraux nationaux peut, lors de l'exécution d'une DEE, avoir pour conséquence de porter atteinte aux droits des justiciables. Les régimes juridiques peuvent diverger quant aux modalités d'exécution d'une mesure d'enquête. En effet, l'exécution d'une DEE s'opère en principe selon le droit de l'État d'exécution. Cependant, la directive consacre le principe *forum regit actum*, selon lequel l'État sollicité doit tenir compte des formalités et procédures expressément indiquées par l'État d'émission. Cette règle s'exerce sauf disposition contraire de la directive et pour autant que les formalités et procédures n'aillent pas à l'encontre des principes fondamentaux du droit de l'État d'exécution. Ce principe a pour objectif

---

<sup>1192</sup> § 160a, al. 2 de la StPO.

<sup>1193</sup> Articles 56-1 et suiv. du CPP.

<sup>1194</sup> Article 76, al. 4 et 81 du CPP, sans prendre en compte les possibles mesures lors d'une enquête de flagrance, celle-ci représentant une procédure d'urgence et donc d'exception.

l'obtention d'une preuve recevable dans la procédure pénale de l'État d'émission. Cependant, malgré la transposition du principe *forum regit actum*, l'exécution d'une DEE ne conduit pas obligatoirement à l'obtention d'une preuve recevable. Ceci s'explique soit par le fait que le principe est inapplicable en pratique, soit parce que l'application du droit étranger se heurte aux principes fondamentaux de l'État d'exécution. Plusieurs exemples peuvent être envisagés à propos du droit à l'assistance d'un avocat (a), du droit de se taire et de ne pas s'auto-incriminer (b), de la protection du domicile et le respect de l'intimité de la vie privée (c), de la protection du secret professionnel (d) ou encore du droit au respect de la vie familiale (e).

#### a) Le droit à l'assistance d'un avocat

L'avocat occupe une place primordiale dans l'exercice des droits de la défense de la personne poursuivie. L'exécution d'une DEE peut donc rencontrer des obstacles quant à son rôle dans la procédure et aux droits qui s'attachent à sa fonction. Cette situation se rencontre tant dans le droit à l'assistance d'un avocat pendant l'audition du suspect (i) que pendant l'audition d'un témoin (ii).

#### i) Le droit à l'assistance d'un avocat pendant l'audition du suspect

En Allemagne, le suspect a le droit d'être assisté par son avocat au cours de chaque audition, tant policière que celles relevant du ministère public ou du juge. A cet effet, l'avocat doit être informé de la date à laquelle l'audition aura lieu<sup>1195</sup>. Une dispense de notification est possible si elle comporte un danger pour la finalité de l'audition – à savoir la déposition du suspect. En pratique, l'omission de la notification conduit à ce que l'audition ait lieu en l'absence de l'avocat. Cependant, si ce dernier se trouve avoir connaissance par n'importe quelle autre

---

<sup>1195</sup> § 163a, al. 3 et 4 et § 168c, al. 1 et 5 de la StPO.



manière de la date de l'audition, il est en droit d'y assister. Le droit de l'avocat d'être présent ne peut donc être suspendu.

En France, le droit d'être assisté par un défenseur n'a pas toujours la même portée. Ce droit est restreint durant l'enquête. Ainsi, l'avocat ne peut assister aux actes de la procédure que lorsque cela est prévu par la loi. Sa présence est organisée principalement durant la garde à vue ou l'audition libre du suspect si l'infraction pour laquelle il est entendu est un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement<sup>1196</sup>. Au cours de l'information, les parties au procès, comme par exemple la personne mise en examen, ont droit à l'assistance d'un avocat. Sa présence est même obligatoire lors d'un interrogatoire de première comparution<sup>1197</sup>. En effet, l'information est une phase de la procédure au cours de laquelle les pouvoirs des autorités publiques se révèlent être très larges, de sorte que les risques d'atteintes aux droits fondamentaux y sont d'autant plus importants. La mise en examen est ainsi considérée comme une atteinte grave à la présomption d'innocence. Par conséquent et de manière corollaire, les droits des parties à la procédure augmentent. Le caractère contradictoire<sup>1198</sup> de l'information constitue ainsi un principe fondamental de la procédure pénale<sup>1199</sup>.

Cependant, la question des droits de la personne gardée à vue est au cœur d'un conflit culturel. Le modèle français était historiquement marqué par l'idée selon laquelle la garde à vue consistait en un face à face entre un suspect et les autorités de police. Les droits du gardé à vue étaient volontairement limités pour favoriser l'émergence de l'aveu durant cette phase de la procédure<sup>1200</sup>. Depuis les années 90, la personne gardée à vue bénéficie davantage de droits. Sous la pression du Conseil constitutionnel<sup>1201</sup>, le législateur a modifié de manière substantielle

---

<sup>1196</sup> Article 61-1 du CPP.

<sup>1197</sup> Article 116 du CPP.

<sup>1198</sup> CEDH, 20.02.1996, Vermeulen c/ Belgique, D. 1997, somm. comm., p. 208 : La Cour européenne des droits de l'homme donne une définition synthétique du principe du contradictoire, en considérant que ce principe implique la faculté, pour les parties, à un procès pénal, de prendre connaissance de toutes pièces ou observations présentées au juge ou au magistrat en vue d'influencer sa décision et de la discuter.

<sup>1199</sup> Article préliminaire du CPP.

<sup>1200</sup> Vergès, Procédure pénale, LexisNexis, Paris, 2017, p. 212.

<sup>1201</sup> Cons. const., QPC du 30.07.2010, n° 2010-19/27, JORF du 31.07.2010, p. 14202, texte n° 106 ; Cons. const., QPC du 18.06.2012, n° 2012-257, JORF du 19.06.2012, p. 10181, texte n° 60.

les droits du gardé à vue dans la loi du 14 avril 2011<sup>1202</sup>. Toutefois, la conception historique fait preuve de résistance. La place de l'avocat, si elle progresse peu à peu, demeure encore limitée. De plus, la présence de l'avocat au cours des auditions peut être écartée, bien qu'à titre dérogatoire et sous des conditions très strictes.

Cette différence conceptuelle entre les droits français et allemand peut jouer un rôle important en matière d'entraide. En effet, si les autorités françaises décident de déroger au droit d'être accompagné par un avocat lors de l'exécution d'une DEE allemande, le procès-verbal de l'audition du suspect sera réputé irrecevable dans la procédure allemande, pour violation des droits absolus du suspect. Afin d'éviter de telles situations, les autorités allemandes sont appelées à informer les autorités d'exécution étrangères des droits absolus dont bénéficie le suspect sous le régime du droit allemand. Néanmoins, si les autorités françaises dérogeaient malgré tout et pour une raison quelconque (omission d'information, etc.) au droit à l'avocat, le procès-verbal pourrait être utilisé dans une future procédure française. En conséquence, l'émission d'une DEE allemande peut conduire à un affaiblissement des droits du suspect, tels qu'ils lui sont accordés par le droit allemand. Un recours pour contester l'application du droit de l'État d'exécution ne lui serait pas ouvert.

Ces observations démontrent une différence conceptuelle fondamentale entre les deux procédures nationales. La procédure pénale française connaît un dualisme de la phase préparatoire et, par conséquent, différents statuts de la personne soupçonnée. Celle-ci peut être suspect lors d'une enquête de police, ou mise en examen ou témoin assisté lors d'une information. Selon les statuts, les droits divergent. Le droit allemand ne connaît pas une telle graduation des droits de la personne soupçonnée. L'ensemble de ces droits lui sont accordés dès le statut de suspect (*Beschuldigter*)<sup>1203</sup> et restent homogènes jusqu'à la fin de l'enquête. Ainsi, les autorités françaises qui émettent une DEE visant à l'exécution d'un interrogatoire de première comparution, l'audition d'une personne mise en examen ou d'un témoin assisté doivent informer les autorités allemandes de la portée de chaque mesure et des formalités à

---

<sup>1202</sup> Loi n° 2011-392 du 14.04.2011 relative à la garde à vue (1), JORF du 15.04.2011, p. 6610, texte n° 1.

<sup>1203</sup> § 157 de la StPO.

respecter. Celles-ci peuvent consister en ce que l'audition soit réalisée par un juge ou en la présence d'un avocat. Il s'agit nommément d'éviter toute équivoque quant au statut de « témoin » assisté. Malgré son appellation, la personne placée sous ce statut reste un suspect au sens de l'article 6 de la Conv. EDH.

En dépit de l'émission circonstanciée d'une DEE par les autorités françaises, l'audition d'un suspect conformément au droit français peut s'avérer difficile quant à l'exécution d'un interrogatoire de première comparution au sens de l'article 116 du CPP. L'interrogatoire de première comparution vise à déterminer l'opportunité et la nécessité d'une mise en examen. Si l'autorité en charge considère qu'il n'existe pas d'indices graves ou concordants au sens de l'article 80-1 du CPP, la personne concernée est informée de son statut de témoin assisté. L'interrogatoire de première comparution est donc suivi d'une décision discrétionnaire de l'autorité compétente d'exécution. Lorsque les autorités allemandes sont chargées d'effectuer un interrogatoire de première comparution pour exécuter une DEE, elles doivent connaître un certain nombre d'informations afin de pouvoir décider si une mise en examen est opportune. Ainsi, doivent être connues et comprises les spécificités d'une instruction judiciaire, la signification d'une mise en examen et l'atteinte aux droits de la personne qui en découle, les différents statuts de personne soupçonnée (témoin assisté, mise en examen), le caractère subsidiaire de la mise en examen, en ce sens que le juge ne peut y avoir recours que si la procédure du témoin assisté n'est pas adéquate, ou encore la notion d'« indices graves ou concordants »<sup>1204</sup>. Cependant, le formulaire d'une DEE ne contient qu'un résumé des faits<sup>1205</sup> et il semble pour le moins incertain que la connaissance par les autorités allemandes du droit français atteigne un tel niveau de précision. Par conséquent, il s'avère peu probable qu'une autorité allemande soit en mesure d'appliquer le droit français de manière correcte.

Cet exemple montre que le principe *forum regit actum* est inadapté lorsque l'application correcte du droit étranger exige une expertise juridique ou la connaissance de l'ensemble des éléments de faits de l'espèce pour la prise d'une décision discrétionnaire. Certes, la personne

---

<sup>1204</sup> Vergès, Procédure pénale, LexisNexis, Paris, 2017, p. 230 : une circulaire illustre ce qu'il faut entendre par « indices graves ou concordants », Circ. CRIM-00-16/F1 du 20.12.2000.

<sup>1205</sup> Voir l'annexe A de la directive.

concernée a toujours la possibilité de contester une mise en examen pour défaut d'indices graves et concordants devant les institutions françaises compétentes. Cependant, cette même personne doit demeurer mise en examen jusqu'à la décision finale de la chambre de l'instruction, ce qui entre-temps peut entraîner une atteinte grave à ses libertés fondamentales<sup>1206</sup>. Les défaillances de l'entraide vont ainsi à l'encontre du respect des droits fondamentaux du suspect. Le cas de l'audition d'un témoin doit également être analysé afin de vérifier si les défauts du système de la DEE conduisent à abaisser la protection des droits fondamentaux.

ii) Le droit à la présence d'un avocat pendant l'audition d'un témoin

En Allemagne, le suspect et son avocat ont le droit de participer à l'audition d'un témoin lorsque celle-ci est effectuée par un juge de l'enquête (*Ermittlungsrichter*). Ils sont avisés de la date de l'audition, sauf si leur présence comporte un danger pour la finalité de l'interrogatoire<sup>1207</sup>. Comme pour l'audition du suspect, l'absence de notification conduit en général à ce que l'audition ait lieu en l'absence de l'avocat, sauf si ce dernier a connaissance par un autre moyen de la date de l'audition. Le droit de l'avocat à être présent et de poser des questions au témoin ne peut donc être suspendu. Ce droit à la présence d'un avocat s'explique par les caractéristiques de l'audience de jugement en droit allemand et par la portée de l'article 6 Conv. EDH qui garantit le droit à un procès équitable. En effet, la phase juridictionnelle allemande est gouvernée par le principe d'immédiateté de l'administration des preuves. Ce principe exige que les éléments de preuve soient produits devant l'accusé en audience publique en vue d'un débat contradictoire. S'il n'est pas absolu<sup>1208</sup>, il reste que les droits de la défense doivent être sauvegardés dans la mesure du possible. Ainsi, il est primordial que l'accusé ait eu une occasion adéquate et suffisante de contester un témoignage à charge et d'en interroger l'auteur<sup>1209</sup>. Par

---

<sup>1206</sup> Articles 100 et suiv. du CPP.

<sup>1207</sup> § 168c, al. 2 et 5 de la StPO.

<sup>1208</sup> § 251, al. 1 et 2 de la StPO.

<sup>1209</sup> Article 6, al. 3, d) de la Conv. EDH.

conséquent, le droit allemand impose la présence de l'avocat de la défense lors de l'audition d'un témoin par le juge pendant la phase préparatoire.

Le droit français ne reconnaît ni le droit du suspect, ni le droit de son avocat à être présents lors d'une audition de témoin. Ces différentes conceptions des droits français et allemand obligent les autorités d'émission allemandes d'une DEE à informer les autorités d'exécution françaises de l'impératif de notification au suspect et à son avocat de leur droit d'être présents pendant l'audition d'un témoin, lorsque celle-ci émane d'un juge, ainsi que du jour et de l'heure de l'audition. L'omission d'une telle notification conduit en Allemagne à réduire la force probatoire du procès-verbal recueilli à l'étranger lors de la phase de jugement. Le respect des droits à la défense dans chacun des deux systèmes peut donc avoir un impact sur l'utilité des preuves recueillies à l'étranger.

#### b) Le droit de se taire et de ne pas s'auto-incriminer

La CEDH affirme que le droit de se taire lors d'un interrogatoire et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable consacrée par l'article 6 de la CEDH<sup>1210</sup>. En droit français, la reconnaissance de ce principe a été tardive. Le droit de ne pas s'auto-incriminer lors d'une audition libre pendant la phase d'enquête n'a été introduit qu'en 2014. Sa consécration résulte de la transposition de la directive n° 2012/13/UE, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales. Grâce à cette directive, ce principe est reconnu tant en France qu'en Allemagne pour les auditions de personnes ayant le statut de suspect.

Cependant, une personne entendue en tant que témoin peut également avoir un intérêt à bénéficier de ce droit, notamment lorsque sa propre participation aux faits qui sont reprochés au suspect est encore inconnue des enquêteurs. Le droit allemand accorde au témoin le droit de refuser de répondre à toute question qui pourrait l'auto-incriminer et prévoit la notification au

---

<sup>1210</sup> CEDH, 08.02.1996, Murray c/Royaume-Uni - hudoc.

témoin de l'existence de ce droit au début de chaque audition<sup>1211</sup>. L'omission de cette notification conduit à l'irrecevabilité de la déclaration dans le procès contre le témoin. Or, cette information est d'autant plus importante quand un suspect est entendu régulièrement comme témoin. Cette situation est en effet courante pendant la procédure pénale en Allemagne, étant donné que le procureur peut disjoindre les procédures afin d'entendre un suspect en tant que témoin dans une procédure distincte.

Le droit du témoin n'est cependant pas absolu. De manière générale, il n'est pas exempté de l'obligation de témoigner mais uniquement de celle de répondre à certaines questions spécifiques. C'est à l'enquêteur en charge de l'audition de décider si le refus de répondre à une question est légitime, c'est-à-dire si la réponse à la question posée comporte un risque réel pour le témoin et pour la garantie de son droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Pour pouvoir juger opportunément de l'étendue du droit de refuser de témoigner, il est indispensable de connaître les faits et l'implication éventuelle du témoin.

Par contraste, le droit français ne reconnaît pas le droit au silence du témoin. Lors d'une information, le témoin est même tenu de comparaître, de prêter serment et de déposer. Le non-respect de ces règles peut être sanctionné<sup>1212</sup>. Ainsi, le faux témoignage est puni d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 75.000 EUR d'amende<sup>1213</sup>, peines qui s'alourdissent en cas de circonstances aggravantes<sup>1214</sup>. Toutefois, dans les cas où un suspect est entendu comme témoin après une disjonction des procédures, les enquêteurs ne peuvent pas, selon la jurisprudence française<sup>1215</sup>, poser des questions connexes aux faits qui sont reprochés au témoin. Aucune information du droit de garder le silence n'est pour autant prévue. Il faut toutefois souligner que la disjonction de procédure permettant d'entendre un suspect en tant que témoin n'est pas fréquente en France.

---

<sup>1211</sup> § 55, al. 2 de la StPO.

<sup>1212</sup> Article 434-15-1 du CP.

<sup>1213</sup> Article 434-13 du CP.

<sup>1214</sup> Article 434-14 du CP.

<sup>1215</sup> Crim. 14.05.2002, Bull. crim. Nr. 111, JCP, 2002, IV, p. 2005.

Les ordres juridiques nationaux diffèrent donc quant à l'étendue du droit de garder le silence et du droit pour le témoin de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Ainsi, si les autorités allemandes ordonnent l'audition d'un témoin en France, les autorités françaises doivent obligatoirement être informées de l'obligation de notifier à la personne entendue son droit de refuser toute déclaration conduisant à son auto-incrimination, au risque que la déclaration soit irrecevable en Allemagne. De plus, si les autorités françaises sont avisées, mais contreviennent malgré tout au principe *forum regit actum* en omettant d'informer le témoin, la déclaration sera irrecevable en Allemagne. Cependant, si cela ne contrevient pas au principe *ne bis in idem*, celle-ci peut être utilisée lors d'une procédure en France. En conséquence, l'ordonnance d'une DEE allemande est susceptible de heurter les droits du suspect et/ou du témoin, tels qu'ils lui sont accordés par l'ordre juridique allemand.

En outre, se pose à nouveau la question de savoir si les autorités françaises, bien qu'informées par leurs homologues allemands, sont capables sans connaissance approfondie du droit allemand d'appliquer correctement ce droit en vertu du principe *forum regit actum*<sup>1216</sup> et plus spécifiquement de remplir les conditions relatives à la notification prévue au § 55 al. 2 de la StPO lors de l'audition d'un témoin sur leur territoire. Étant donné que la décision sur l'étendue du droit à garder le silence revient à l'autorité qui auditionne le témoin, celle-ci doit connaître les exigences du droit allemand, les faits qui sont reprochés au suspect et les faits qui peuvent concerner le témoin pour pouvoir décider si l'exercice de ce droit est conforme au droit allemand. De plus, le § 55 de la StPO ayant pour objectif la protection du témoin contre toute enquête ou instruction menée contre lui en Allemagne ou à l'étranger, l'autorité en charge de l'audition doit également connaître les enjeux et risques juridiques le concernant. Cela exige de détenir une bonne connaissance des droits pénaux français et allemand. L'autorité française, qui n'est pas en charge de l'ensemble de la procédure pénale dans le cas d'une DEE, ignore probablement toutes ces informations. En effet, les soupçons qui pèsent sur le témoin ne seront pas énumérés dans le formulaire de la DEE ; l'autorité étrangère se verra donc dans l'impossibilité d'appliquer correctement le droit allemand lors de l'exécution d'une DEE. Par

---

<sup>1216</sup> Article 694-36 du CPP.

conséquent, le témoin peut être contraint de témoigner en violation de son droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, ou l'autorité en charge pourrait attribuer au témoin un droit de refuser de témoigner trop étendu. Ce dernier cas serait susceptible d'aller à l'encontre des intérêts du suspect lorsqu'une déposition plus complète du témoin aurait pu lui servir.

Ainsi, les défaillances de l'application du principe *forum regit actum* lors de l'exécution d'une DEE peuvent se réaliser au détriment soit du témoin, soit du suspect. De plus, lorsque les autorités françaises violent les droits reconnus aux témoins par le droit allemand, quand bien même l'audition serait irrecevable en Allemagne, un réel danger persiste. En effet, le procès-verbal est toujours susceptible de faire l'objet d'une utilisation contre le témoin dans une procédure française. L'ordonnance d'une DEE peut ainsi conduire à une perte des garanties fondamentales reconnues par le droit allemand.

Au même titre, la protection du témoin prévue par le droit français en cas de disjonction de procédures, c'est-à-dire l'interdiction de poser des questions connexes au témoin mis en cause, peut ne pas être garantie lors de l'exécution d'une DEE par les autorités françaises, si elles ignorent l'implication du témoin dans l'infraction. Le formulaire de la DEE ne mentionne effectivement que les faits qui ont provoqué l'ouverture d'une enquête contre un suspect qui n'est pas le témoin concerné.

Au regard des dangers pour la garantie des droits du témoin qu'une DEE peut représenter, on est en droit de s'interroger sur la pertinence de l'émission d'une telle DEE par les autorités allemandes, voire sur l'opportunité de l'interdiction d'émettre une DEE contre un témoin. Par conséquent, l'exemple du droit de garder le silence en Allemagne et en France montre que l'entraide peut mener à un risque réel pour la garantie de ce droit. Même si les autorités d'émission peuvent, en s'appuyant sur le principe *forum regit actum*, indiquer certaines procédures et formalités, il se peut que, pour des raisons pratiques, celles-ci ne puissent pas être respectées par les autorités d'exécution.



### c) La protection du domicile et le respect de l'intimité de la vie privée

Les protections du domicile et de la vie privée ont mené le législateur français à organiser la présence obligatoire de la personne mise en examen pendant une perquisition à son domicile. Cette obligation ne peut être levée qu'en cas d'impossibilité<sup>1217</sup>. Le droit d'assister à une perquisition est ainsi fortement protégé. Lorsque la perquisition a lieu dans un domicile autre que celui de la personne mise en examen, la personne chez laquelle elle est effectuée est invitée à y assister. En cas d'absence, la perquisition doit nécessairement avoir lieu en présence de deux témoins<sup>1218</sup>. En revanche, le droit allemand ne prévoit pas la présence de la personne concernée à la perquisition de son domicile<sup>1219</sup>.

Afin de garantir les protections du domicile et de la vie privée lors d'une perquisition à l'étranger, les autorités d'émission françaises doivent donc s'assurer que le droit de la personne mise en examen à être présente pendant la mesure d'enquête est respecté. Pour cela, elles doivent en informer les autorités d'exécution allemandes. Néanmoins, au vu de la distance géographique et de l'éventuelle nécessité de transférer une personne privée de liberté, les autorités seront souvent enclines à restreindre ce droit afin d'éviter de mettre en péril la coopération transfrontalière. L'irrégularité de la perquisition pourrait en effet constituer un motif de nullité dans la procédure française. Cependant, la mesure d'enquête restera valable dans une procédure pénale allemande, ce qui conduit de nouveau à ce que les différences entre les deux ordres juridiques affaiblissent la protection des droits du suspect.

### d) La protection du secret professionnel

En France, certaines professions sont particulièrement protégées contre les risques d'atteinte au secret professionnel. Des règles spécifiques sont aménagées pour encadrer les perquisitions à

---

<sup>1217</sup> Articles 57, al. 1 et 2, et 95 du CPP.

<sup>1218</sup> Article 96 du CPP.

<sup>1219</sup> §§ 102 et 103 de la StPO.

leur domicile ou sur leur lieu de travail. Pour les avocats par exemple, les perquisitions ne peuvent être effectuées que par un magistrat en présence du bâtonnier ou de son délégué<sup>1220</sup>. La procédure est très formelle. Le représentant de la chambre professionnelle veille à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession et peut s'opposer à une saisie s'il l'estime irrégulière. La contestation soulevée par cette saisie est portée devant le juge des libertés et de la détention, qui statue par ordonnance motivée. Il existe des règles semblables pour les médecins, notaires, huissiers et entreprises de presse et de communication.

En Allemagne, le droit ne prévoit pas de formalités et procédures particulières lors d'une perquisition chez une personne tenue au secret professionnel. Lors de l'exécution d'une DEE, les règles procédurales françaises ne pourront donc probablement pas être appliquées comme le requiert le principe *forum regit actum*<sup>1221</sup>. Notamment, la présence d'un représentant d'une chambre professionnelle, par exemple d'un bâtonnier, n'est pas prévue par la loi allemande. Quand bien même un tel représentant serait présent, il ne pourrait appliquer le droit français que s'il connaissait la portée des articles 56-1 et suiv. du CPP, l'étendue du secret professionnel et la notion de proportionnalité d'une telle mesure telles que prévues par le droit français. Cependant, la signification et l'étendue du secret professionnel diffèrent selon les droits nationaux. Un magistrat allemand n'a généralement pas de connaissance juridique dépassant son droit national.

De plus, même si des autorités françaises participaient à la perquisition à l'étranger, une protection telle que prévue par le droit français ne pourrait toujours pas être garantie. En effet, les documents saisis étant souvent rédigés en allemand, il ne pourrait être formé opposition par les représentants français qu'une fois compris le contenu et l'enjeu des documents pour la procédure. Quand bien même un traducteur serait présent, le volume des documents saisis peut dépasser ses capacités, notamment en cas de saisie de données informatiques sur un périphérique de stockage de masse ou sur un ordinateur. De plus, le contrôle rapide par un juge

---

<sup>1220</sup> Article 56-1 du CPP.

<sup>1221</sup> § 91h, al. 2 de l'IRG.

des libertés et de la détention ne peut que difficilement être garanti lors de l'exécution d'une DEE. D'une part, il apparaît peu probable que les autorités allemandes soient en mesure de rendre les documents saisis aux autorités françaises sous 5 jours. D'autre part, les documents devront également être traduits pour garantir un contrôle juridictionnel effectif, ce qui semble difficilement réalisable en si peu de temps. Ainsi, le contrôle d'une saisie pourrait prendre beaucoup de temps et finalement nuire au libre exercice professionnel de la personne concernée. À nouveau, le principe *forum regit actum* révèle ses limites en pratique et dévoile ses insuffisances.

#### e) Le droit au respect de la vie familiale

Le droit au respect de la vie familiale connaît à son tour un statut différent selon les droits nationaux. En Allemagne, l'obligation du témoin de s'exprimer lors d'une audition est atténuée par la possibilité qu'il a d'invoquer l'une des limites prévues par la loi. Ces limites découlent du lien de parenté ou du lien familial du témoin avec le suspect. Ainsi, notamment l'époux, l'épouse, le fiancé ou la fiancée ont le droit de refuser de témoigner contre le suspect et doivent en être informés<sup>1222</sup>. Le témoin bénéficie de ce droit dès sa première audition et le conserve jusqu'à l'audience de la juridiction de jugement. Le témoin qui a décidé de renoncer à son droit lors de sa première audition peut même révoquer cette renonciation durant l'audience de jugement. En principe, cette révocation entraîne l'irrecevabilité de ses déclarations antérieures, exception faite des auditions menées par un juge<sup>1223</sup>. En outre, la saisie de la correspondance émise entre le suspect et un proche est interdite<sup>1224</sup>.

À l'inverse, le droit au respect de la vie familiale n'est pas prévu dans la phase préparatoire de la procédure pénale française. Ainsi, un proche cité comme témoin par un juge est tenu de comparaître, de prêter serment et de déposer ; les perquisitions à son domicile et les saisies sont

---

<sup>1222</sup> § 52, al. 3 de la StPO.

<sup>1223</sup> § 252 de la StPO.

<sup>1224</sup> § 97 de la StPO.

en outre autorisées sans restriction spécifique liée au respect de la vie familiale. Ce n'est que lors de l'audience de jugement qu'un proche entendu en tant que témoin peut refuser de prêter serment. Son témoignage peut cependant être reçu à titre de simple renseignement.

Ces différents statuts du droit au respect de la vie familiale conduisent les autorités d'émission allemandes à informer les autorités françaises des exigences du droit allemand sous peine d'obtenir un élément inexploitable pour la procédure. Cependant, les autorités d'exécution peuvent être amenées à interpréter les règles étrangères. En effet, quid d'une personne pacsée ? Le PACS étant un régime juridique inconnu du droit allemand, se pose la question de savoir si le partenaire de PACS bénéficie du droit de refuser de témoigner<sup>1225</sup>.

En outre, l'interdiction de saisir la correspondance émise entre le suspect et un proche doit être indiquée dans le formulaire de DEE par les autorités d'émission allemandes. En effet, les preuves obtenues par les autorités françaises ne respectant pas ces dispositions ne sont pas recevables dans la procédure allemande. Elles pourraient toutefois être utilisées comme moyen de preuve dans une enquête française. La personne concernée aurait toujours la possibilité d'émettre un recours contre les saisies prohibées en Allemagne, mais ce recours n'aurait aucune incidence sur l'enquête ouverte contre elle en France.

Le droit au respect de la vie familiale tel que garanti par le droit allemand doit également être préservé lors de l'exécution d'une DEE étrangère sur le territoire allemand<sup>1226</sup>. Cependant, l'entraide peut entraîner une restriction de l'étendue de ce droit. Comme il a été indiqué, un proche du suspect amené à faire des déclarations lors d'une enquête peut renoncer à la révocation de son droit de refuser de témoigner et doit en être informé<sup>1227</sup>. Cependant, le droit français ne reconnaissant pas de droit semblable, le témoin ne pourra plus faire valoir son droit de renonciation à l'audience de jugement en France. Les autorités allemandes amenées à auditionner un proche en tant que témoin doivent donc l'informer que son droit de renoncer à la révocation de son droit de refuser de témoigner ne sera plus garanti une fois le procès-verbal

---

<sup>1225</sup> § 52, al. 3 de la StPO.

<sup>1226</sup> § 91b, al. 1, Nr. 2a de l'IRG.

<sup>1227</sup> § 52, al. 3 de la StPO.

transmis à l'étranger. L'information du témoin prévue au § 52, al. 3 de la StPO devra ainsi être modifiée et adaptée lors d'une procédure d'entraide. Ce n'est qu'en informant le témoin de cette restriction que celui-ci peut véritablement faire le choix de témoigner ou non.

L'exemple des divergences de protection du droit au respect de la vie familiale dans les ordres juridiques nationaux révèle à nouveau les défaillances du principe *forum regit actum*. L'application du droit étranger peut s'avérer problématique quand elle exige une interprétation de la règle étrangère. De plus, son application erronée n'empêche pas l'utilisation de la preuve obtenue pour une procédure nationale dans l'État d'exécution qui ne connaît pas le même niveau de protection du droit au respect de la vie familiale. La personne concernée demeure sans recours effectif contre un tel affaiblissement de ses droits, pourtant prévus par l'État d'émission. Qui plus est, l'exécution d'une DEE dans l'État dont le droit prévoit un niveau élevé de protection peut également conduire à une restriction de l'étendue de ce droit pour des raisons organisationnelles, celui-ci étant prévu à l'échelle nationale.

Le constat sur ces défaillances du système d'entraide aux fins de recherche des preuves pénales a conduit à formuler diverses propositions pour améliorer celle-ci.

## **B) Les solutions pour une entraide efficace et respectueuse des droits**

Les déficits auxquels se voit confrontée l'entraide pénale européenne fondée sur la reconnaissance mutuelle ont incité la doctrine à proposer d'autres approches afin d'instaurer une meilleure coopération entre les États membres. Les solutions proposées, telles que le renforcement du principe *forum regit actum* (1), l'harmonisation des droits procéduraux nationaux (2), la création d'une « *clearing procedure* » (3) ou bien encore l'élaboration d'un code de procédure pénale européen (4), seront à présent exposées.

## **1. Le renforcement du principe *forum regit actum***

Certaines opinions doctrinales défendent le renforcement du principe *forum regit actum*, dans le sens où l'État d'exécution ne serait plus en mesure de refuser l'exécution d'un acte selon le droit national de l'État d'émission, afin de garantir la production d'une preuve valable. Cette idée pourrait convaincre par la simplicité de sa réalisation. Cependant, la mise en œuvre de la directive montre que l'application du droit de l'État d'émission peut, en pratique, se révéler difficile voire impossible. C'est le cas lorsque cette mise en œuvre requiert une connaissance accrue du droit étranger ou du cas d'espèce, au-delà des informations figurant sur le formulaire d'une DEE, ou même lorsque cela exige l'interprétation du texte et des finalités de la disposition étrangère. La procédure d'entraide demeurerait empreinte d'irrégularités.

## **2. L'harmonisation des droits procéduraux nationaux**

Une autre approche est celle de l'harmonisation des droits procéduraux nationaux. Elle viserait à harmoniser les procédures pénales nationales afin de coordonner et de rapprocher les règles d'obtention des preuves. Il s'agirait d'un rapprochement concentré sur certains points spécifiques des systèmes procéduraux des États membres, qui peu à peu devrait faire disparaître les divergences. Cependant, cette solution présente plusieurs défauts. Premièrement, les initiatives d'harmonisation demandent beaucoup de temps de préparation et peuvent échouer si les États n'arrivent pas à se mettre d'accord sur un projet commun. En conséquence, certains domaines du droit peuvent échapper à l'harmonisation. Deuxièmement, il se peut que les pays ne parviennent à s'accorder que sur le plus petit dénominateur commun. Si certains États vont au-delà du minimum requis, l'objectif d'harmoniser les ordres nationaux n'est pas atteint. Enfin, les initiatives d'harmonisation ne portent que sur des points précis et risquent de ne pas s'inscrire dans la logique et la conception fondamentale de chacun des ordres juridiques nationaux. Les différences structurelles de mise en œuvre des poursuites pénales en France et en Allemagne laissent peu de place à l'élaboration d'une politique pénale commune. Somme

toute, l'harmonisation risquerait de provoquer un déséquilibre dans la conception nationale de la procédure pénale. Par exemple, la directive 2016/343/UE<sup>1228</sup> a provoqué une réforme du droit français qui a élargi le champ d'application du droit de garder le silence du suspect lors d'une audition pendant une enquête de police. Cependant, la conception traditionnelle française prévoit des droits limités du suspect pendant cette phase de la procédure pénale, celle-ci étant considérée comme non-contradictoire et peu intrusive. Le droit accordé au suspect est donc conforme à l'article 6 de la Conv. EDH mais ne s'inscrit pas dans la conception traditionnelle du CPP.

### **3. La création d'une « *clearing procedure* »**

Un troisième modèle, impliquant la mise en œuvre d'une « *clearing procedure* » (procédure de purge des irrégularités), est en cours de discussion. Il tend à garantir l'obtention d'une preuve susceptible de circuler librement dans l'espace judiciaire européen. Ce modèle vise d'une part à établir certaines règles générales régissant l'obtention d'une preuve. D'autre part, le tribunal national qui dirige la procédure contre l'accusé détiendrait la compétence exclusive pour décider de la recevabilité d'une preuve étrangère en appréciant la procédure dans son ensemble. Cela pourrait le conduire à ne pas exclure par principe la recevabilité d'une preuve recueillie de manière illégale. La décision de ce tribunal national serait non contestable et contraignante pour tout l'espace judiciaire européen. Une décision positive du tribunal produirait ainsi une preuve recevable dans tout l'espace judiciaire européen.

Ce modèle se rapproche de la démarche proposée par la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour rappelle régulièrement que la recevabilité des preuves relève au premier chef des règles de droit interne et qu'il revient aux juridictions nationales d'apprécier les éléments

---

<sup>1228</sup> Directive 2016/343/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales, JO de l'Union européenne n° L65 du 11.03.2016, p. 1 et suiv.

de preuve recueillis. La Cour quant à elle recherche si, en l'espèce, le procès auquel a été soumis le requérant a présenté dans son ensemble un caractère équitable.

Cette méthode pourrait cependant poser plusieurs difficultés. En effet, il n'est pas impossible que les tribunaux prennent des décisions divergentes concernant la recevabilité d'une preuve pour des mêmes faits. Ceci pourrait mener à un traitement inégal des suspects et à une jurisprudence diffuse, fragmentée et imprévisible. L'exemple du mandat d'arrêt européen a déjà montré que les États ne sont pas toujours d'accord sur la question de la proportionnalité d'une décision juridictionnelle. La même question se posera probablement relativement à une preuve, qui est souvent le fruit d'une mesure d'enquête coercitive. Qui plus est, la « *clearing procedure* » pourrait soulever des questions complexes de compétence. Les États membres devraient en effet s'accorder sur la nature et la conception de cette procédure européenne. Quelle autorité doit mener la procédure de purge ? Quel rôle pour le procureur ? La police ? Le juge ? Quelles règles pour garantir un procès équitable quant à l'exécution des mesures d'enquête ? Quel rôle du suspect ? La définition de règles communes nécessite d'atteindre un compromis entre les États membres. Ceci est un travail non négligeable qui prendra beaucoup de temps.

#### **4. Une procédure pénale européenne**

Une solution globale recouvrant toute la procédure pénale paraît être la solution la plus prometteuse pour répondre aux exigences d'un procès équitable au sens de l'article 6 de la Conv. EDH et maintenir un espace de liberté, de sécurité et de justice en Europe. Une procédure unique appliquée par un magistrat européen garantirait un standard européen et des droits du suspect homogènes. Elle permettrait d'éviter les conflits de compétence, d'apporter une uniformité aux décisions prises dans le cadre de l'émission et de l'exécution d'une mesure d'enquête, ainsi que d'écarter le problème de la recevabilité des preuves. Néanmoins, le projet est ambitieux. Il nécessite l'accord de chaque État membre concernant non seulement la phase préliminaire, mais également la nature, la structure et la conception d'une procédure pénale



européenne. Au regard des différences observées entre la France et l'Allemagne, les États membres devront prendre des décisions tant sur le plan formel que matériel.

Sur le plan formel, ils devront décider si la procédure, dans sa phase d'enquête, doit être menée par un procureur avec l'intervention ponctuelle d'un juge, ou si un dédoublement de la procédure doit être prévu, de manière comparable à l'enquête et à l'information dans le système français. En raison des critiques formulées notamment contre l'impartialité du juge d'instruction et au vu de la diminution des informations menées sur le territoire national<sup>1229</sup>, le modèle choisi devrait plutôt être une procédure unidimensionnelle. De plus, il sera nécessaire de définir la nature de la phase d'enquête et le rôle de ses acteurs. Y-a-t-il une tendance à l'instauration d'une procédure contradictoire ou veut-on insister sur la différenciation entre procédure inquisitoire et procédure accusatoire ? La nature contradictoire de la procédure, telle qu'envisagée dans le *Corpus iuris* de Mireille Delmas Marty<sup>1230</sup>, pourrait-elle être acceptée par les autorités allemandes, qui connaissent un principe strict de légalité des poursuites ainsi qu'un rôle fort du procureur dans la direction de l'enquête ? En effet, ces deux circonstances conduisent à réduire le rôle du suspect, de l'avocat, de la victime, à celui de simples participants à la procédure. Enfin, reste à savoir quel modèle sera choisi pour le déroulement de l'audience de la juridiction de jugement afin de définir les formalités exigées lors de l'enquête. Sont envisageables le principe d'immédiateté et son formalisme moins rigoureux lors de l'enquête tel que pratiqué par le modèle allemand, ou encore le principe de reconnaissance d'une preuve écrite, corrélé à un formalisme aigu lors de la phase préliminaire tel qu'on le trouve dans le système français.

Sur le plan matériel, les limites absolues et relatives des enquêteurs devront être définies uniformément. Quelle priorité pour les droits du suspect ? Pour l'extension du droit du témoin de garder le silence ? Pour la protection de la vie privée ? Quelle protection pour les proches du suspect, et plus généralement pour sa famille au cours de la procédure pénale ? Admet-on une priorité de la recherche de la vérité lorsqu'une infraction nuit à l'ordre politique, notamment

---

<sup>1229</sup> Il ne s'agit que de 3 à 5 % des procédures nationales, v. Ministère de la Justice, Les chiffres-clés de la Justice 2014, p. 14 ([www.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_stat\\_livret\\_final\\_HD.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_stat_livret_final_HD.pdf)).

<sup>1230</sup> Delmas-Marty, *Corpus Juris* portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, Economica, Paris, 1997, p. 15.

pour les actes terroristes ou la criminalité organisée ? Trouver des réponses à ces questions demandera beaucoup de temps, mais permettrait d'éviter les aléas des initiatives ponctuelles d'harmonisation ou de coordination des ordres nationaux, qui souvent ne produisent pas les effets escomptés<sup>1231</sup>.

## Conclusion

En définitive, les conclusions de l'analyse sur l'efficacité de la directive 2014/41/UE sont peu prometteuses. En raison des différences entre les droits nationaux, l'entraide ne mène pas toujours à la production d'une preuve recevable dans l'État d'émission, ceci malgré les principes de reconnaissance mutuelle et *forum regit actum* instaurés par la directive. De plus, l'émission d'une DEE peut violer les droits du suspect tels qu'accordés par l'État d'émission, sans que le suspect puisse exercer un recours effectif contre la DEE ou son exécution. En conséquence, l'entraide est susceptible de ne pas produire les effets escomptés, à savoir le recueil d'un élément de preuve recevable, tout en portant une atteinte substantielle aux droits du suspect.

Un système d'entraide qui, au lieu d'essayer de rapprocher les ordres juridiques nationaux, accepte une coexistence des systèmes répressifs hétérogènes, doit en même temps accepter que l'entraide soit moins efficace malgré la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle. D'ailleurs, l'instrument qu'est la directive<sup>1232</sup> ne semble pas idéal pour renforcer la coopération entre les États membres de l'UE, étant donné que ces derniers bénéficient d'une large marge d'appréciation dans sa transposition. Par conséquent, la directive 2014/41/UE n'a pas conduit à une révolution de l'entraide européenne aux fins de recherche des preuves pénales car elle se refuse à affronter les véritables problèmes pratiques suscités par l'entraide et notamment par les différences structurelles et conceptuelles des procédures pénales des États membres. Or, ni

---

<sup>1231</sup> Comme cela a été démontré suite à la directive 2014/41/UE.

<sup>1232</sup> Article 82 du TFUE.

la reconnaissance mutuelle, ni le principe *forum regit actum* ne peuvent actuellement surmonter ces divergences.

Ces problèmes semblent difficiles à résoudre. En effet, l'aboutissement d'un code de procédure pénale européen, qui est probablement la réponse la plus efficace aux défaillances du système d'entraide actuel, n'appartient qu'à un futur lointain. À plusieurs reprises, les États membres ont exprimé leur refus de s'engager de manière ambitieuse dans un projet européen, notamment pour protéger leur souveraineté et le principe de territorialité en matière pénale, deux attributs qui entravent la coopération. La création d'un Parquet européen en est un bon exemple. Afin de lutter contre les fraudes portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, la création d'un Parquet européen constituait depuis longtemps un objectif affiché des États membres. Cependant, seuls 22 pays ont finalement trouvé un accord. L'absence d'unanimité a conduit à l'adoption du règlement 2017/1939/UE du Conseil<sup>1233</sup> prévoyant une coopération renforcée pour la création d'un Parquet européen le 12 octobre 2017<sup>1234</sup>. Toutefois, ce règlement est très critiqué par la doctrine au motif qu'il entre en collision avec d'autres initiatives européennes. En effet, bien que la création du Parquet européen soulève la question du recueil des preuves dans les États membres, le règlement n'adopte pas la même logique que la directive 2014/41/UE. Il recourt à un système compliqué contenant tant des éléments du principe *forum regit actum* que du principe *locus regit actum*. Concernant la recevabilité des preuves recueillies à l'étranger, le règlement se contente de formuler une règle générale qui ravive finalement le principe de la libre appréciation des preuves par la juridiction de jugement. Ce système d'obtention des preuves peut différer de la règle prévue par la directive et conduire ainsi à des tensions. En conséquence, une preuve peut être recevable dans le cadre d'une procédure qui a utilisé l'entraide mais non recevable dans le cadre d'une procédure menée par le Parquet européen et vice-versa. Cela heurte une fois encore les intérêts du suspect qui se trouve face à des solutions imprévisibles malgré la similitude des problèmes posés. L'incohérence entre ces deux systèmes européens est d'autant plus regrettable que leur adoption

---

<sup>1233</sup> Règlement 2017/1939/UE du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, JO de l'Union européenne n° L283 du 31.10.2017, p. 1 et suiv.

<sup>1234</sup> Conformément à l'article 86 du TFUE.

est chronologiquement proche. L'aspiration à un système de preuve circulant librement dans l'espace judiciaire européen et recueillie dans un État membre en respectant une procédure uniforme en conformité avec les droits du suspect prévus à l'article 6 de la Conv. EDH reste donc bien lointaine.



## **Schriftenverzeichnis**

Die Fußnoten sind geordnet in der Reihenfolge Rechtsprechung, Kommentare, Lehrbücher/Monographien, Aufsätze. Mehrere Rechtsprechungsnachweise sind chronologisch geordnet, beginnend mit der aktuellsten Entscheidung. Die Literaturnachweise sind alphabetisch geordnet.

Im Text ist die hier angeführte Literatur zum deutschen Recht und die deutschsprachigen Ausführungen zum europäischen und internationalen Strafrecht in der Regel nur mit abgekürztem Titel, bei Zeitschriftenaufsätzen nach Jahrgang, bzw. Band und Seite zitiert. Die Literatur zum französischen Recht sowie die französischsprachigen Schriften zum europäischen und internationalen Strafrecht, ebenso die englischsprachigen Schriften sind in der Regel mit vollem Titel, Verlag und Jahr, bei Zeitschriftenaufsätzen mit vollständigem Titel, Verlag, Jahrgang und Seite zitiert.

Lehrbücher, die sowohl Ausführungen zum nationalen, als auch zum europäischen Recht enthalten, sind sowohl unter der Rubrik „Europäisches und internationales Strafrecht“, als auch der jeweiligen nationalen Rubrik aufgeführt.

Fundstellen, die online abrufbar sind:

Actualités du GDR abrufbar auf [www.gdr-elsj.eu](http://www.gdr-elsj.eu)

Dalloz actualité abrufbar auf [www.dalloz-actualite.fr](http://www.dalloz-actualite.fr)

Encyclopédie Dalloz abrufbar auf [www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr)

HRRS abrufbar auf [www.hrr-strafrecht.de](http://www.hrr-strafrecht.de)

JurisClasseur abrufbar auf [www.lexis360.fr](http://www.lexis360.fr)

Jurisdoctoria abrufbar auf [www.jurisdoctoria.net](http://www.jurisdoctoria.net)

KriPoz abrufbar auf [www.kripoz.de](http://www.kripoz.de)

ZIS abrufbar auf [www.zis-online.com](http://www.zis-online.com)

ZJS abrufbar auf [www.zjs-online.com](http://www.zjs-online.com)

## A. Europäisches und internationales Strafrecht

### I. Werke

Heiko Ahlbrecht,

Klaus Michael Böhm,

Robert Esser,

Franziska Eckelmanns,

Internationales Strafrecht: Auslieferung - Rechtshilfe – EGMR - internationale Gerichtshöfe, C.F. Müller, Heidelberg, 2. Auflage, 2017.

Kai Ambos,

Internationales Strafrecht, C.H. Beck, München, 5. Auflage, 2018.

Beweisverwertungsverbote: Grundlagen und Kasuistik - internationale Bezüge - ausgewählte Probleme, Duncker & Humblot, Berlin, 2010.

Jörg Arnold,

Grenzüberschreitende Strafverteidigung in Europa - Praktische Erfahrungen und theoretische Überlegungen anhand von Interviews mit Strafverteidigerinnen und Strafverteidigern, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2015.

Klaus Böhm,

Die Umsetzung der Europäischen Ermittlungsanordnung, Strafprozessualer Beweistransfer auf neuer Grundlage, NJW, 2017, S. 1512 ff.

- Martin Böse, Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit, Nomos, Baden-Baden, 1. Auflage, 2013.
- Marie-Elisabeth Cartier, Le mandat d'arrêt européen, Collection droit de l'Union européenne, Bruylant, Brüssel, 2005.
- Gilles De Kerchove,  
Anne Weyembergh, Quelles réformes pour l'espace pénal européen ?, Editions de l'Université de Bruxelles, 2003.
- L'espace pénal européen : enjeux et perspectives, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002.
- La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001.
- Vers un espace judiciaire pénal européen = Towards a European Judicial Criminal Area, Editions de l'Université de Bruxelles, 2000.
- Mireille Delmas-Marty, Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, Economica, Paris, 1997.
- In deutscher Übersetzung: Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1998.



Mireille Delmas-Marty,

Mark Pieth,

Ulrich Sieber, *Harmonising criminal law*, Société de législation comparée, Paris, 2008.

Sandro Dicker, Die Europäische Union auf dem Weg zu einem einheitlichen Strafverfolgungsraum? Eine Untersuchung der europäischen Beweisanordnung und europäischen Ermittlungsanordnung aus polizeilicher Perspektive, Deutsche Hochschule der Polizei, Hochschulverlag, Münster, 2013.

Dieter Dörr,

Meinrad Dreher,

Europa als Rechtsgemeinschaft, Nomos, Baden-Baden, 1997.

Robert Esser,

Europäisches und internationales Strafrecht, Vorschriftensammlung, C.F. Müller, Heidelberg, 2. Auflage, 2018.

European Criminal

Policy Initiative,

Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht, ZIS, 2013, S. 430 ff.

Daniel Flore,

Droit pénal européen: Les enjeux d'une justice pénale européenne, Larcier, Brüssel, 2. Auflage, 2014.

- Sabine Gleß, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, Neue Schriften zum Strafrecht, Nomos, Baden-Baden, 2007.
- Christoph Grabenwarter,  
Katharina Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, C.H. Beck, München, 6. Auflage, 2016.
- Thomas Hackner,  
Christian Schierholt, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, C.H. Beck, München, 3. Auflage, 2017.
- Catherine Haguenau-Moizard,  
Fabienne Gazin,  
Jocelyne Leblois-Happe, Les fondements du droit pénal de l'Union européenne, Larcier, Brüssel, 2016.
- Michael Hecker, Europäisches Strafrecht, Springer, Heidelberg, 3. Auflage, 2015.
- Robin Hoffmann, Flucht, Migration und die neue Sicherheitsarchitektur, Herausforderungen für die EU-Kriminalpolitik, Springer VS, Wiesbaden, 2017.
- Gerhard Hohloch, Wege zum Europäischen Recht, 7. Deutsch-Schwedisches Juristentreffen, Freiburg i. Br., Nomos, Baden-Baden, 2001.

- Erling Johannes Husabo,  
Asbjorn Strandbakken, Harmonization of Criminal Law in Europe, Intersentia,  
Antwerpen/Oxford/Portland, 2005.
- Burkhard Jähnke,  
Edward Schramm, Europäisches Strafrecht, De Gruyter, Berlin/Boston, 2017.
- André Klip, European Criminal Law: an integrative approach, Intersentia,  
Antwerpen/Oxford/Portland, 3. Auflage, 2016.
- Hans-Heiner Kühne, Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen  
und europäischen Strafverfahrensrechts, C.F. Müller, Heidelberg,  
9. Auflage, 2015.
- Gregor Kutsch, Internationale strafrechtliche Zusammenarbeit, C.F. Müller,  
Heidelberg, 2. Auflage, 2007.
- Andrea Leonhardt, Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen,  
Umsetzungsanforderungen für den deutschen Gesetzgeber,  
Springer, Heidelberg, 2017.
- Katalin Ligeti, Toward a Prosecutor for the European Union, Volume 1,  
A Comparative Analysis, Hart Publishing,  
Oxford/Portland/Oregon, 2013.

Toward a Prosecutor for the European Union, Volume 2, Draft Rules of Procedure, Hart Publishing, Oxford/Portland/Oregon, 2016.

Jim Murdoch, L'article 5 de la convention européenne des droits de l'homme, Protection de la liberté et de la sûreté de la personne, Editions du Conseil de l'Europe, Straßburg, 2003.

Jacob Öberg, Limits to EU Powers, A Case Study of EU Regulatory Criminal Law, Hart Publishing, Oxford/Portland/Oregon, 2017.

Mustafa Temmuz Oglakcioglu,

Jan C. Schuhr,

Christian Rückert, Axiome des nationalen und internationalen Strafverfahrensrechts, 5. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler, Erlangen/Nürnberg, 2016, Nomos, Baden-Baden, 2016.

Eckhard Pache, Die Europäische Union - Ein Raum der Sicherheit und des Rechts?, Nomos, Baden-Baden, 2005.

Jean Pradel,

Geert Corstens,

Gert Vermeulen, Droit pénal européen, Dalloz, Paris, 3. Auflage, 2009.

Philipp Ronsfeld,

Rechtshilfe, Anerkennung und Vertrauen - die Europäische Ermittlungsanordnung, Duncker & Humblot, Berlin, 2015.

- Jean Rossetto,  
Abdelkhaleq Berramdane, Regards sur le droit de l'Union Européenne après l'échec du traité constitutionnel, Presses universitaires François-Rabelais, Tours, 2007.
- Gilda Roussel,  
François-Xavier  
Roux-Demare, L'eupéanisation de la justice pénale, Cujas, Paris, 2016.
- François-Xavier  
Roux-Demare, De l'entraide pénale à l'Europe pénale, Dalloz, Paris, 2014.
- Christoph Safferling, Internationales Strafrecht, Springer, Heidelberg, 2011.
- Helmut Satzger, Internationales und europäisches Strafrecht, Strafanwendungsrecht - Europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht - Völkerstrafrecht, Nomos, Baden-Baden, 7. Auflage, 2016.
- Die Europäisierung des Strafrechts - Eine Untersuchung zum Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Strafrecht, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2001.
- Ulrich Sieber,  
Helmut Satzger,  
Bernd v. Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht, Nomos, Baden-Baden, 2. Auflage, 2014.

- Arndt Sinn,  
Hsiao-Wen Wang,  
Juan Yih Wu,  
Mark A. Zöller, Strafrecht ohne Grenzen, 3. Deutsch-Taiwanesisches  
Strafrechtsforum, Kaohsiung/Tainan/Taipeh 2013, C.F. Müller,  
Heidelberg, 2015.
- Dirk Van Daele,  
Bart Vangeebergen, Criminalité et répression pénale dans l'Euregio Meuse-Rhin,  
L'organisation de la recherche et des poursuites en Belgique, en  
Allemagne et aux Pays-Bas, et la coopération policière et  
judiciaire internationale dans l'Euregio Meuse-Rhin, Intersentia,  
Antwerpen/Oxford/Portland, 2009.
- Marianne Wade, EuroNEEDs, Evaluating the need for and the needs of a European  
Criminal Justice System, Max-Planck-Institut für ausländisches  
und europäisches Strafrecht, Hercules, OLAF, Freiburg, Januar  
2011  
([www.mpicc.de/files/pdf1/euroneeds\\_report\\_jan\\_2011.pdf](http://www.mpicc.de/files/pdf1/euroneeds_report_jan_2011.pdf)).
- Anne Weyembergh, L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal  
européen et révélateur de ses tensions, Editions de l'Université de  
Bruxelles, 2004.
- Martin Will, Europarecht, Prüfe dein Wissen, C.H.Beck, München, 2013.

## II. Kommentare

Kai Ambos,  
Stefan König,  
Peter Rackow,                      Rechtshilferecht in Strafsachen, Nomos, Baden-Baden, 2015.

Volker Erb,  
Robert Esser,  
Ulrich Franke,  
Kirsten Graalman-Scheerer,  
Hans Hilger,  
Alexander Ignor,                      Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das  
Gerichtsverfassungsgesetz, Band 11 (EMRK; IPBPR),  
De Gruyter, Berlin/Boston, 2012.

Rudolf Geiger,  
Daniel-Erasmus Kahn,  
Markus Kotzur,                      EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über  
die Arbeitsweise der Europäischen Union, C.H. Beck, München,  
2017.

Eberhard Grabitz,  
Meinhard Hilf,  
Martin Nettesheim,                      Das Recht der Europäischen Union, C.H. Beck, München  
(Loseblattsammlung, aktueller Stand).

Heinrich Grützner,  
Paul-Günter Pötz,  
Claus Kreß,  
Nikolaos Gazeas,

Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Band 1,  
3. Auflage, C.F Müller, Heidelberg (Loseblattsammlung,  
aktueller Stand).

Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Band 2,  
3. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg (Loseblattsammlung,  
aktueller Stand).

Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Band 4,  
3. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg (Loseblattsammlung,  
aktueller Stand).

Henri Labayle,

JurisClasseur Europe Traité, Coopération judiciaire en matière  
pénale et coopération policière, LexisNexis, Paris, 2017.

Katharina Pabel,  
Stefanie Schmahl,

Internationaler Kommentar zur Europäischen  
Menschenrechtskonvention, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2016.

Wolfgang Schomburg,  
Otto Lagodny,  
Sabine Gless,  
Thomas Hackner,

Internationale Rechtshilfe in Strafsachen – International  
Cooperation in Criminal Matters, C.H. Beck, München, 2012.



### III. Aufsätze

- Christophe Achaintre, La France face au mandat d'arrêt européen, in Rossetto/Berramdane, Regards sur le droit de l'Union Européenne après l'échec du traité constitutionnel, PUF, Paris, 2007, S. 265 ff.
- Heiko Ahlbrecht, Die Europäische Ermittlungsanordnung - oder: EU-Durchsuchung leicht gemacht, StV, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2013, S. 114 ff.
- Der Rahmenbeschluss-Entwurf der Europäischen Beweisverordnung – eine kritische Bestandsaufnahme, NStZ, C.H. Beck, München, 2006, S. 70 ff.
- Susie Alegre,  
Marisa Leaf, Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study – The European Arrest Warrant, European Law Journal, Sweet&Maxwell, London, 2004, S. 200 ff.
- Silvia Allegrezza, Critical Remarks on the Green Paper on Obtaining Evidence in Criminal Matters from one Member State to another and Securing its Admissibility, ZIS, 2010, S. 569 ff.
- Kai Ambos, Transnationale Beweiserlangung – 10 Thesen zum Grünbuch der Kommission “Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat”, ZIS, 2010, S. 557 ff.

- Bernadette Aubert, De quelques évolutions en matière de mandat d'arrêt européen, *AJ Pénal*, 2017, S. 111.
- Droit de l'Union européenne - Application par les juridictions internes, *RSC*, 2011, S. 466 ff.
- Lorena Bachmaier  
Winter, European investigation order for obtaining evidence in the criminal proceeding study of the proposal for a European directive, *ZIS*, 2010, S. 580 ff.
- Emmanuel Barbe, La vidéoconférence dans la future Convention de l'Union européenne sur l'entraide judiciaire en matière pénale (Article 9 du Projet), *Petites affiches*, Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 1999, S. 11.
- Pascal Beauvais, Chronique Droit pénal de l'Union européenne – De l'entraide judiciaire à l'enquête pénale européenne – À propos de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne, *RTD Eur.*, 2015, S. 777.
- Rosanna Belfiore, The European Investigation Order in Criminal Matters: Developments in Evidence-gathering across the EU, *European Criminal Law Review*, C.H. Beck/Nomos, Baden-Baden, 2015, S. 312 ff.
- Jodie Blackstock, The European Investigation Order, *New Journal of European Criminal Law*, Intersentia, Antwerpen/Oxford/Portland, 2010, S. 481 ff.

- Klaus Michael Böhm, Aktuelle Entwicklungen im Auslieferungsrecht, NStZ, C.H. Beck, München, 2018, S. 197 ff. und NStZ 2017, S. 77 ff.
- Martin Böse, Die Europäische Ermittlungsanordnung – Beweistransfer nach neuen Regeln?, ZIS, 2014, S. 152 ff.
- Der Grundsatz des “ne bis in idem” und der Europäische Haftbefehl: europäischer ordre public vs. gegenseitige Anerkennung, HRRS, 2012, S. 19 ff.
- Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon und ihre Bedeutung für die Europäisierung des Strafrechts, ZIS, 2010, S. 76 ff.
- Yves Bot, Table ronde. Vers une procédure pénale européenne. Faut-il un code de procédure pénale européen ?, RIDP, 2011, S. 153 ff.
- Dominik Brodowski, Die drohende Verletzung von Menschenrechten bei der Anerkennung Europäischer Haftbefehle auf dem Prüfstand: Die zweifelhafte Aktivierung der Verfassungsidentität durch das BVerfG und eine Kurskorrektur in der Rechtsprechung des EuGH, JR, De Gruyter, Berlin, 2016, S. 415 ff.
- Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union - Ein Überblick, ZIS, 2015, S. 79 ff.
- Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union - ein Überblick, ZIS, 2017, S. 688 ff. (Fortsetzung von ZIS 2015, S. 79 ff.).

- Bernd Busemann, Strafprozess ohne Grenzen? Freie Verkehrsfähigkeit von Beweisen statt Garantien für das Strafverfahren? ZIS, 2010, S. 552 ff.
- Charlotte Claverie-Rousset, The admissibility of evidence in criminal proceedings between European Union Member States, European Criminal Law Review, C.H. Beck/Nomos, Baden-Baden, 2013, S. 152 ff.
- Peter Csonka, Les perspectives futures du droit pénal de l'Union européenne, RIDP, érès, Toulouse, 2006, S. 347 ff.
- Gilles de Kerchove, L'espace judiciaire pénal européen après Amsterdam et le sommet de Tampere, in Weyembergh/de Kerchove, Vers un espace judiciaire pénal européen = Towards a European Judicial Criminal Area, Editions de l'Université de Bruxelles, 2000, S. 3 ff.
- Mireille Delmas-Marty, L'intégration européenne entre pluralisme, souverainisme et universalisme, RSC, 2016, S. 447 ff.
- Robert Esser, Initiativen der Europäischen Union zur Harmonisierung der Beschuldigtenrechte – Zugleich eine kritische Analyse der Richtlinie 2012/13/EU zum Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren, in Zöller/Hilger/Küper/Roxin, Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension, Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am  
467

7. September 2013, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, S. 1329 ff.

Ákos Farkas, Kompetenzverteilung, Ermittlungen und Beweistransfer in einem transnationalen Strafverfahren, in Schönemann, Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege: A Programme for European Criminal Justice, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2006, S. 117 ff.

Claudia Ghica-Lemarchand, La commission rogatoire internationale en droit pénal, RSC, 2003, S. 33.

Sabine Gless, Grenzüberschreitende Beweissammlung, ZStW, De Gruyter, Berlin, 2013, S. 573 ff.

Les perspectives de l'espace judiciaire européen en matière de recherche et d'utilisation des preuves situées à l'étranger, in Jault-Seseke/Lelieur/Pigache, L'espace judiciaire européen civil et pénal, Regards croisés, Dalloz, Paris, 2009, S. 155 ff.

Beweisverbote in Fällen mit Auslandsbezug, JR, De Gruyter, Berlin, 2008, S. 317 ff.

Philippe Gréciano, Critique de la coopération judiciaire internationale et européenne du point de vue allemand, Gazette du Palais, Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 2008, S. 21.

- Lorna Harris, Mutual Recognition from a Practical Point of View: Cosmetic or Radical Change? in de Kerchove/Weyembergh, L'espace pénal européen: enjeux et perspectives, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002, S. 105 ff.
- Carl W. Heydenreich, Die Europäische Ermittlungsanordnung - Der endgültige Abschied von der Fiktion einer Waffengleichheit, StraFO, DeutscherAnwaltVerlag, 2012, S. 439 ff.
- Fabienne Jault-Seseke,  
Juliette Lelieur, Les différences d'approches de l'espace judiciaire européen sur les plans civil et pénal, in Jault-Seseke/Lelieur/Pigache, L'espace judiciaire européen civil et pénal, Regards croisés, Dalloz, Paris, 2009, S. 3 ff.
- Gillian Kelly,  
Hazel Kemshall,  
Martine Herzog-Evans, Délinquants transfrontaliers : comment élaborer une approche européenne ? Leçons du projet SOMEK, AJ Pénal, 2017, S. 432 ff.
- Renée Koering-Joulin, The Preparatory Phase of the Criminal Proceeding: Major Trends in European Jurisprudence, in Delmas-Marty: The Criminal Process and Human Rights, Toward a European Consciousness, PUF, Paris, 1995, S. 15 ff.

- Kristian Kühl, Der Einfluss der Menschenrechte und Grundfreiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das deutsche und europäische Strafrecht, in Müller-Dietz/Müller/Kunz/Radtke/Britz/Momsen/Koriath, Festschrift für Heike Jung, Nomos, Baden-Baden, 2007, S. 433 ff.
- Hans-Heiner Kühne, Auslieferung nach Abwesenheitsverurteilung (Italien) - „Solange III“, StV, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2016, S. 299 ff.
- Arkadiusz Lach, Transnational Gathering of Evidence in Criminal Cases in the EU de lege lata and de lege ferenda, eucrim, Ausgabe 3, 2009, S. 107 ff.
- Jocelyne Leblois-Happe, La Cour de justice de l'Union européenne et la protection des droits fondamentaux dans la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle en matière pénale, AJ Pénal, 2019, S. 302 ff.
- Juliette Lelieur, La décision d'enquête européenne, nouvel instrument d'entraide judiciaire pour la mise en état des affaires pénales, Cahiers de la sécurité et de la justice, INHESJ, Paris, 2016, S. 72.
- Mandat d'arrêt européen et droit au recours : la CJUE tire la protection du justiciable vers le bas, le Conseil constitutionnel sort la tête haute, AJ Pénal, 2014, S. 44 ff.
- L'application de la reconnaissance mutuelle à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne : une

chance pour un droit probatoire français en crise ?, ZIS, 2010, S. 590 ff.

Barbara Lippert,  
Kai-Olaf Lang,

Politisierung, Polarisierung, Populismus und die Zukunft der EU, in Perthes, Krisenlandschaften, Konfliktkonstellationen und Problemkomplexe internationaler Politik, Ausblick 2017, Stiftung Wissenschaft und Politik, Berlin, 2017, S. 15.

Marie Marty,

Un exemple de décision nouvelle, La décision d'enquête européenne, Vers la judiciarisation aboutie de la coopération judiciaire dans l'Union européenne ? Jurisdoctoria, Nr. 7, 2011, S. 105 ff.

Michel Massé,

L'entraide judiciaire internationale version française (loi n° 2004-204 du 29 mars 2004), RSC, 2005, S. 406.

Vincenzo Militello,

Europäischer Einsatz und organisierte Kriminalität, in Militello/Arnold/Paoli, Organisierte Kriminalität als transnationales Phänomen, edition iuscrim, Freiburg i. Br., 2000, S. 3 ff.

Cornelius Nestler,

Europäische Verteidigung bei transnationalen Strafverfahren, in Schünemann, Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege: A Programme for European Criminal Justice, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2006, S. 166 ff.



- Jarin Nijhof, The European Investigation Order and Evidence Requests in Military Criminal Cases: A Matter of '*Uniform Application*'?, European Criminal Law Review, C.H. Beck/Nomos, Baden-Baden, 2018, S. 368 ff.
- Detlef Nogala, Policing across a dimorphous border: challenge and innovation at the french-german border, in Albrecht/Klip, Crime, Criminal Law and Criminal Justice in Europe, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2013, S. 407 ff.
- Renate Ohr, Europäische Integration am Wendepunkt? Zum möglichen Austritt Großbritanniens aus der EU, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, Lucius&Lucius, Stuttgart, 2015, S. 99 ff.
- Christopher Penkuhn,  
Sebastian Brill, Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung des EGMR mit Bezug zum deutschen Strafverfahren, JuS, C.H. Beck, München, 2016, S. 682 ff.
- Walter Perron, Perspektiven der Europäischen Strafrechtsintegration, in Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, C.F. Müller, Heidelberg, 2007, S. 429 ff.
- Perspectives of the harmonization of criminal law and criminal procedure in the European Union, in Husabo/Strandbakken, Harmonization of Criminal Law in Europe, Intersentia, 472

Antwerpen/Oxford/Portland, 2005, S. 5 ff.

Europäische Strafverfolgung ohne europäisches Strafverfahren?  
in Militelle/Arnold/Paoli, Organisierte Kriminalität als  
transnationales Phänomen, edition iuscrim, Freiburg i. Br., 2000,  
S. 33 ff.

Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar?  
Überlegungen zu den strukturellen Voraussetzungen der  
Angleichung und Vereinheitlichung unterschiedlicher  
Strafrechtssysteme, ZStW, De Gruyter, Berlin, 1997, S. 281 ff.

Strafrechtsvereinheitlichung in Europa, in Dieter/Dreher, Europa  
als Rechtsgemeinschaft, Nomos, Baden-Baden, 1997, S. 135 ff.

Jean Pradel,

Le mandat d'arrêt européen. Un premier pas vers une révolution  
copernicienne dans le droit français de l'extradition, Droits, PUF,  
Paris, 2004, S. 1392 ff.

Peter Rackow,

Die Europäische Ermittlungsanordnung, in Kugelman/Rackow,  
Prävention und Repression im Raum der Freiheit, der Sicherheit  
und des Rechts: Belastbarkeit der Konzepte von Strafe und  
Gefahrenabwehr zwischen Staat und EU, Nomos, Baden-Baden,  
2014, S. 117 ff.

Das Anerkennungsprinzip auf dem Prüfstein der  
Beweisrechtshilfe, in Ambos, Europäisches Strafrecht post-  
Lissabon, Universitätsverlag Göttingen, 2011, S. 117 ff.

- Damien Roets, Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, AJ Pénal, 2008, S. 119 ff.
- William Roumier, Réforme de l'entraide judiciaire en matière pénale : instauration de la décision d'enquête européenne, Droit pénal, 2017, Alerte 1, S. 2.
- Gilda Roussel, Le mandat d'arrêt européen, Exemple de l'efficacité procédurale européenne, in Roussel/Roux-Demare, L'europeanisation de la justice pénale, Cujas, Paris, 2016, S. 106 ff.
- Gilda Roussel,  
François-Xavier  
Roux-Demare, Le mandat d'arrêt européen, succès de l'Europe pénale ?, Cahiers de la sécurité et de la justice, INHESJ, Paris, 2017, S. 38 ff.
- François-Xavier  
Roux-Demare, La décision d'enquête européenne ou l'adoption d'un instrument inédit de l'Europe pénale, AJ Pénal, 2017, S. 115 ff.
- « L'Europe pénale » : une utopie réalisable, Les cahiers de la justice, 2014, S. 119 ff.

- Matthias Ruffert, Die unionsverfassungsrechtlichen Grundlagen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in Pache, Die Europäische Union – Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts?, Nomos, Baden-Baden, 2005, S. 14 ff.
- Helmut Satzger, Die Rechtsprechung des EGMR als Motor der europäischen Strafprozessrechtsharmonisierung. Zugleich eine Rezension von Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrechts, JA, Luchterhand, München, 2005, S. 656 ff.
- Akzeptanz europäischen Strafrechts – Normative Vorkehrungen auf europäischer Ebene für eine Akzeptanzsicherung europäischen Strafrechts in den Mitgliedstaaten, in Hohloch, Wege zum Europäischen Recht, Nomos, Baden-Baden, 2002, S. 51 ff.
- Christian Schierholt, Stellungnahme zum Grünbuch der Europäischen Kommission zur Erlangung verwertbarer Beweise in Strafverfahren aus einem anderen Mitgliedstaat, ZIS, 2010, S. 567 ff.
- Bernd Schünemann, Die Grundlagen eines transnationalen Strafverfahrens, in Schünemann, Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege: A Programme for European Criminal Justice, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2006.

Ein Alternativ-Entwurf zur Regelung der europäischen Strafverfolgung im Verfassungsvertrag der EU, in Pache, Die Europäische Union – Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts?, Nomos, Baden-Baden, 2005, S. 81 ff.

Bernd Schünemann,  
Benjamin Roger,

Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission „Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat“ (KOM 2009, 624 endg.), ZIS, 2010, S. 92 ff.

Die Karawane zur Europäisierung des Strafrechts zieht weiter - Zur demokratischen und rechtsstaatlichen Breithaftigkeit des EU-Geldsanktionengesetzes, ZIS, 2010, S. 515 ff.

Frank Peter Schuster,

Die Europäische Ermittlungsanordnung – Möglichkeiten einer gesetzlichen Realisierung, StV, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2015, S. 393 ff.

Ulrich Sieber,

The forces behind the harmonization of criminal law, in Delmas-Marty/Pieth/Sieber, Harmonising criminal law, Société de législation comparée, Paris, 2008, S. 385 ff.

- Guy Stessens, The Principle of Mutual Confidence between Judicial Authorities in the Area of Freedom, Justice and Security, in de Kerchove/Weyembergh, *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002, S. 91 ff.
- Guillemine Taupiac-Nouvel, *Réflexions sur la consécration de la notion européenne d'autorité judiciaire, à propos de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne*, Actualités du GDR, 2017.
- Dorothee von Arnim, Die Rechtsprechung des EGMR zur polizeilichen Beweissammlung, in Leblois-Happe, *Les investigations policières, Die polizeilichen Ermittlungen*, Presses universitaires de Marseille, 2012, S. 25 ff.
- Martin Wasmeier, *Der Europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht – zur Verzahnung des nationalen und europäischen Strafrechts*, ZEuS, Nomos, Baden-Baden, 2006, S. 23 ff.
- Anne Weyembergh, *L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union Européenne*, Archives de politique criminelle, Editions A. Pédone, Paris, 2004, S. 37 ff.
- L'avenir des mécanismes de coopération judiciaire pénale entre les Etats membres de l'Union européenne*, in de Kerchove/Weyembergh, *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2000, S. 141 ff.

- Ingeborg Zerbes, Fragmentiertes Strafverfahren, Beweiserhebung und Beweisverwertung nach dem Verordnungsentwurf zur Europäischen Staatsanwaltschaft, ZIS, 2015, S. 145 ff.
- Frank Zieschang, Akzeptanz Europäischen Strafrechts? in Hohloch, Wege zum Europäischen Recht, Nomos, Baden-Baden, 2002, S. 39 ff.
- Frank Zimmermann, Die Europäische Ermittlungsanordnung: Schreckgespenst oder Zukunftsmodell für grenzüberschreitende Strafverfahren? ZStW, De Gruyter, Berlin, 2015, S. 143 ff.

## **B. Rechtsvergleichung, Schriften zum ausländischen Recht**

### **I. Werke**

Fabio Basile, Multikulturelle Gesellschaft und Strafrecht. Die Behandlung der kulturell motivierten Straftaten. Aus dem Italienischen von Thomas Vormbaum, LIT Verlag, Münster, 2015.

Aurélie Binet-Grosclaude, L'avant-procès pénal: étude comparée Angleterre-France, Bruylant, Brüssel, 2011.

Mireille Delmas-Marty,  
J.R. Spencer, European Criminal Procedures, Cambridge University Press, 2005.

Vincenzo Militello,  
Jörg Arnold,  
Letizia Paoli, Organisierte Kriminalität als transnationales Phänomen. Erscheinungsformen, Prävention und Repression in Italien, Deutschland und Spanien, edition iuscrim, Freiburg i. Br., 2000.

Jean Pradel, Droit pénal comparé, Dalloz, Paris, 4. Auflage, 2016.



Guomundur Thorlacius

Ragnarsson,

Das Zeugnisverweigerungsrecht der Angehörigen des Beschuldigten. Der Katalog des § 52 StPO im Spiegel generalisierter Lösungen in den Strafprozessordnungen Islands, Norwegens und Dänemark, Verlag Peter Lang, Frankfurt aM, 2008.

Maximiliane-Stephanie Wild, Die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht in Deutschland und Frankreich, Verlag Peter Lang, Frankfurt aM, 2008.

## II. Aufsätze

Albin Eser,

Adversatorische und inquisitorische Verfahrensmodelle, Ein kritischer Vergleich mit Strukturalternativen, in Schroeder/Kudratov, Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell: eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und zentralasiatischen Strafprozessrechts, Verlag Peter Lang, Frankfurt aM, 2014, S. 11 ff.

Geleitwort, in Perron, Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands, edition iuscrim, Freiburg i. Br., 1995, V.

Kathrin Nitschmann,

Untersuchungsrichter vs Staatsanwaltschaft - Eine Strukturfrage. Überlegungen vor dem Hintergrund von Claude Charbols Film "L'ivresse du pouvoir", in Leblois-Happe, Vers un nouveau procès pénal? Neue Wege des Strafprozesses, Colloques 9, Société de législation comparée, Paris, 2008, S. 81 ff.

Jean Pradel,

Introduction (les investigations policières), Einleitung (Die polizeilichen Ermittlungen), in Leblois-Happe, Les investigations policières, Die polizeilichen Ermittlungen, Presses universitaires de Marseille, 2012, S. 9 ff.

Helmut Satzger,

Die Rolle des Richters im Ermittlungsverfahren in Deutschland und Frankreich, in Jung/Leblois-Happe/Witz, 200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le Bicentenaire du Code d'instruction criminelle, Nomos, Baden-Baden, 2010, S. 91 ff.

## C. Deutsches Recht

### I. Werke

- Max Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, Carl Heymanns Verlag, Köln, 6. Auflage, 2013.
- Kai Ambos, Beweisverwertungsverbote: Grundlagen und Kasuistik - internationale Bezüge - ausgewählte Probleme, Duncker & Humblot, Berlin, 2010.
- Werner Beulke, Strafprozessrecht, C.F. Müller, Heidelberg, 13. Auflage, 2016.
- Franziska Dautert, Beweisverwertungsverbote und ihre Drittwirkung, Herbert Utz Verlag, München, 1. Auflage, 2015.
- Hinrich de Vries, Einführung in die Kriminalistik für die Strafrechtspflege, Kohlhammer, Stuttgart, 1. Auflage, 2015.
- Armin Engländer, Examens-Repetitorium Strafprozessrecht, C.F. Müller, Heidelberg, 8. Auflage, 2018.
- Urs Kindhäuser, Strafprozessrecht, Nomos, Baden-Baden, 4. Auflage, 2015.

- Matthias Krausbeck, Konfrontative Zeugenbefragung, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- Hans-Heiner Kühne, Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, C.F. Müller, Heidelberg, 9. Auflage, 2015.
- Markus Löffelmann, Die normativen Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafverfahren, Ideen zu einer Kritik der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege, De Gruyter, Berlin, 2008.
- Ali B. Norouzi, Die audiovisuelle Vernehmung von Auslandszeugen, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- Mustafa Temmuz Oglakcioglu,  
Jan C. Schuhr,  
Christian Rückert, Axiome des nationalen und internationalen Strafverfahrensrechts, 5. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler, Erlangen/Nürnberg, 2016, Nomos, Baden-Baden, 2016.
- Harry Gerson Oliver, Das Recht auf Beschuldigung: Strafprozessuale Verfahrensbalance durch kommunikative Autonomie, De Gruyter, Berlin/Boston, 2016.

- Claus Roxin,  
Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht, Ein Studienbuch, C.H. Beck, München,  
29. Auflage, 2017.
- Helmut Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts - Eine Untersuchung zum  
Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche  
Strafrecht, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2001.
- Ellen Schlüchter, Procédure pénale allemande, EuWi-Verlag,  
Thüngersheim/Frankfurt aM, 2002.
- Antje Schumann, Verhör, Vernehmung, Befragung, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016.
- Michael Soiné, Ermittlungsverfahren und Polizeipraxis, Einführung in das  
Strafverfahrensrecht, Kriminalistik Verlag, Heidelberg, 2013.

## II. Kommentare

Volker Erb,

Robert Esser,

Ulrich Franke,

Kirsten Graalman-Scheerer,

Hans Hilger,

Alexander Ignor,

Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Band 2, De Gruyter, Berlin/Boston, 2018.

Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Band 3, De Gruyter, Berlin/Boston, 2014.

Thomas Fischer,

Strafgesetzbuch, C.H. Beck, München, 2017.

Björn Gercke,

Karl-Peter Julius,

Dieter Temming,

Mark A. Zöller,

Strafprozessordnung, C.F. Müller, Heidelberg, 2012.

Rolf Hannich,

Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, C.H. Beck, München, 2013.

Theodor Kleinknecht,

H. Müller,

L. Reitberger,

Kommentar zur Strafprozessordnung, Carl Heymanns Verlag, Köln (Loseblattsammlung, aktueller Stand).

Christoph Knauer,  
Hans Kudlich,  
Hartmut Schneider,

Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 1,  
C.H. Beck, München, 2014.

Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 2,  
C.H. Beck, München, 2016.

Klaus Leipold,  
Michael Tsambikakis,  
Markus A. Zöller,

Heidelberger Kommentar, Anwaltskommentar StGB,  
C.F. Müller, Heidelberg, 2015.

Lutz Meyer-Goßner,  
Bertram Schmitt,

Strafprozessordnung, C.H. Beck, München, 2017.

### **III. Aufsätze**

Heiko Ahlbrecht,  
Niclas Börgers,

Rechtsschutz gegen die Gewährung eines  
Auskunftsverweigerungsrechtes (§ 55 StPO) für den gemäß  
§ 59 IRG vernommenen Entlastungszeugen, ZIS, 2008, S. 218 ff.

Camilla Bertheau,

§ 160a StPO neuer Fassung – doch offene Fragen bleiben, StV,  
Carl Heymanns Verlag, Köln, 2012, S. 303 ff.

- Katrin Brahms,  
Till Gut, Zur Umsetzung der Richtlinie Europäische Ermittlungsanordnung in das deutsche Recht - Ermittlungsmaßnahme auf Bestellschein? NStZ, C.H. Beck, München, 2017, S. 388 ff.
- Janique Brüning, Der Richtervorbehalt - ein zahnloser Tiger? Über die verfassungsrechtliche Notwendigkeit des Richtervorbehalts und seine Ineffizienz in der Praxis, ZIS, 2006, S. 29 ff.
- Ulrich Eisenberg, Kriterien der Eröffnung des strafprozessualen Hauptverfahrens, JZ, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, S. 672 ff.
- Robert Esser, Zur Bestellung des Verteidigers im Ermittlungsverfahren, in Esser/Günther/Jäger/Mylonopoulos/Öztürk, Festschrift für Hans-Heiner Kühne, C. F. Müller, Heidelberg, 2013, S. 539 ff.
- Sabine Gless, Das Recht auf Konfrontation eines Auslandsbelastungszeugen, Eine europäische Perspektive aus Karlsruhe, in Zöller/Hilger/Küper/Roxin, Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension, Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, S.1355 ff.



- Till Günther, Der Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen im Lichte des Art. 6 Abs. 3 Buchst. d EMRK, in Schöch/Satzger/Schäfer/Ignor/Knauer, Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften, Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2008, S. 253 ff.
- Uwe Hellmann, Anfangsverdacht und Begründung der Beschuldigteneigenschaft, in Esser/Günther/Jäger/Mylonopoulos/Öztürk, Festschrift für Hans-Heiner Kühne, C. F. Müller, Heidelberg, 2013, S. 235 ff.
- Clemens Hof, Polizeizeugen – Zeugen im Sinne der StPO, HRRS, 2015, S. 277 ff.
- Christian Jäger, De l'existence et de l'opportunité d'un droit pénal de l'ennemi dans la protection de l'Etat de droit, in Pin, Mémoire et droit pénal en France et en Allemagne, Gedächtnis und Strafrecht in Frankreich und Deutschland, Société de législation comparée, Paris, 2017, S. 165 ff. (Der ausführliche Beitrag des Verfassers in deutscher Sprache findet sich in der Festschrift für Roxin, 2011, S. 71 ff.)

- Kristian Kühl, Der Einfluss der Menschenrechte und Grundfreiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das deutsche und europäische Strafrecht, in Müller-Dietz/Müller/Kunz/Radtke/Britz/Momsen/Koriath, Festschrift für Heike Jung, Nomos, Baden-Baden, 2007, S. 433 ff.
- Christopher Penkuhn,  
Sebastian Brill, Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung des EGMR mit Bezug zum deutschen Strafverfahren, JuS, C.H. Beck, München, 2016, S. 682 ff.
- Walter Perron, Strafverteidigung und die Interessen von Opfern und Zeugen, in Weigend/Walther/Grunewald, Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, Denkanstöße aus sieben Rechtsordnungen, Duncker & Humblot, 2008, S. 104 ff.
- Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten. Ursache oder Symptom der Krise des deutschen Strafprozesses?, ZStW, De Gruyter, Berlin, 1996, S. 128 ff.
- Günter Prechtel, Die Bedeutung der Glaubwürdigkeit und des persönlichen Eindrucks für die Beweiswürdigung, ZJS, 2017, S. 381 ff.
- Peter Rackow, Überlegungen zu dem Gesetz zur Änderung des IRG vom 05.01.2017, KriPoz, 2017, S. 79 ff.

- Klaus Rolinski, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit: Garant der Wahrheitsfindung?  
in Esser/Günther/Jäger/Mylonopoulos/Öztürk, Festschrift für Hans-Heiner Kühne, C. F. Müller, Heidelberg, 2013, S. 297 ff.
- Helmut Satzger, Der Einfluss der EMRK auf das deutsche Straf- und Strafprozessrecht – Grundlagen und wichtige Einzelprobleme,  
JURA, De Gruyter, Berlin, 2009, S. 759 ff.  
  
Strafverteidigung in einem veränderten europäischen und internationalen Umfeld – neue Herausforderung für einen Berufsstand! in Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2008, S. 551 ff.
- Heiko Sauer, „Solange“ geht in Altersteilzeit – der unbedingte Vorrang der Menschenwürde vor dem Unionsrecht, NJW, C.H. Beck, München, 2016, S. 1134 ff.
- Gerhard Schäfer, Eine erfolgreiche Beschwerde des Rechtsanwalts Professor Dr. H., in Michalke/Köberer/Pauly/Kirsch, Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag, De Gruyter, Berlin, 2008, S. 629 ff.
- Hartmut Schneider, Zur strafprozessualen Verwertbarkeit des Schweigens von Beschuldigten, NStZ, C.H. Beck, München, 2017, S. 73 ff., 126 ff.

- Friedrich Schoch, Die Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG, JURA, De Gruyter, Berlin, 2010, S. 22 ff.
- Frank Peter Schuster, Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 21.11.2012 zur Verwertbarkeit ausländischer Beweismittel, StV, Carl Heymanns Verlag, 2014, S. 193 ff.
- Michael Soiné, Erweiterte Zeugenpflichten gegenüber der Polizei im Ermittlungsverfahren, NStZ, C.H. Beck, München, 2018, S. 141 ff.
- Sabine Swoboda, Die Pflicht zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung im deutschen Strafverfahren. Die Europäische Beweisordnung als Interpretationsvorgabe für die Beweisverwertung, Anmerkung zu BGH 1 StR 310/12 – Beschluss vom 21. November 2012 (LG Hamburg), HRRS, 2014, S. 10 ff.
- Susanne Walther, Zur Frage eines Rechts des Beschuldigten auf „Konfrontation von Belastungszeugen“, GA, C.F. Müller, Heidelberg, 2003, S. 204 ff.
- Sebastian Wohlwend, Die Durchsuchung, gerade bei Dritten nach § 103 Abs. 1 S. 1 StPO, HRRS, 2015, S. 454 ff.

#### **IV. Reporte**

Tagung junger  
Prozessrechtswissen-  
schaftler 2015,

Einheit der Prozessrechtswissenschaft?, Boorberg, Stuttgart,  
2016.

## **D. Französisches Recht**

### **I. Werke**

- Bernard Bouloc, Procédure pénale, Dalloz, Paris, 26. Auflage, 2017.
- Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, Paris, 2016.
- Sophie Cuykens,  
Damien Holzapfel,  
Laurent Kennes, La preuve en matière pénale, Larcier, Brüssel, 2015.
- Alain de Schlichting,  
Xavier Volmerange, Einführung in die französische Rechtssprache - Introduction au français juridique, C.H. Beck/Manz/Stämpfli, München, 2011.
- Olivier Décima, La juridictionnalisation de l'enquête pénale, Cujas, Paris, 2015.
- Fabrice Defferrard, Le suspect dans le procès pénal, mare & martin, Paris, 2016.
- Frédéric Desportes,  
Laurence Lazerges-Cousquer, Traité de Procédure Pénale, Economica, Paris, 4. Auflage, 2015.
- Emmanuel Dreyer,  
Olivier Mouysset, Procédure Pénale, Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 1. Auflage, 2016.

- Alexandre Gallois, Les nullités de procédure pénale, Gazette du Palais, Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 2. Auflage, 2017.
- Thierry Garé,  
Catherine Ginestet, Droit pénal – Procédure pénale, Dalloz, Paris, 9. Auflage, 2016.
- Christian Guéry,  
Pierre Chambon, Droit et Pratique de l’instruction préparatoire, Dalloz, Paris, 10. Auflage, 2017.
- Serge Guinchard,  
Jacques Buisson, Procédure pénale, LexisNexis, Paris, 11. Auflage, 2018.
- Jacques Leroy, Procédure pénale, LGDJ, Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 5. Auflage, 2017.
- Laurence Leturmy,  
Patrick Kolb, L’essentiel des Grands arrêts du Droit pénal et de la Procédure pénale, Gualino, Issy-les-Moulineaux, 1. Auflage, 2016.
- Lucien Lorenz, Frankreich, Länderreport, 1991  
(<https://www.mpicc.de/files/pdf2/7-frankreich.pdf>).
- Fabian Pfefferkorn, Einführung in das französische Strafverfahren: Eine systematische Darstellung der procédure pénale, LIT Verlag, Berlin/Münster, 2006.

- Jean Pradel, Procédure Pénale, Cujas, Paris, 19. Auflage, 2017.
- Corinne Robaczewski, Procédure Pénale, Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 1. Auflage, 2016.
- François Saint-Pierre, Pratique de défense pénale : Droit, histoire, stratégie, LGDJ, Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 2. Auflage, 2018.
- Laurie Schenique, La réforme de la phase préparatoire du procès pénal, L'Harmattan, Paris, 2014.
- Laurence Touzeau, La qualification des faits durant l'enquête de police, sous la direction de Stéphane Détraz, 2013 (<http://memoire.jm.u-psud.fr/upload/Memoire-definitif-Touzeau-M2DPPDP-2012-2013.pdf>, Stand 07.02.2017).
- Renaud van Ruymbeke, Le juge d'instruction, Collection « Que sais-je ? », PUF, Paris, 6. Auflage, 2016.
- Edouard Verny, Procédure Pénale, Dalloz, Paris, 5. Auflage, 2016.
- Hervé Vlamynck, Droit de la Police, Vuibert, Paris, 6. Auflage, 2017.



## **II. Encyclopédie**

- Olivier Beauvallet, JurisClasseur Procédure pénale, Entraide pénale internationale, LexisNexis, Paris, 2018.
- François Fourment, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Faux témoignage, Encyclopédie Dalloz, 2014.
- Muriel Giacomelli,  
Yannick Joseph-Ratineau, Répertoire de droit pénal et procédure pénale, Témoin, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2017.
- Muriel Guerrin, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Nullités de procédure, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2016.
- Christian Guéry, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Témoin assisté, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2016.
- Serge Rayne, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Perquisition-saisie-visite domiciliaire, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2017.
- Michel Redon, Répertoire de droit pénal et procédure pénale, Enquête, témoin, attestation, Encyclopédie Dalloz, Paris, 2016.

Jean-Paul Valat, JurisClasseur Procédure pénale, Audition des témoins, LexisNexis, Paris, 2017.

Etienne Vergès, Procédure pénale, LexisNexis, Paris, 2017.

### **III. Aufsätze**

Holger Barth, Landesbericht Frankreich, in Eser/Perron, Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa, Duncker & Humblot, Berlin, 2015, § 5.

Frankreich, in Perron, Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands, edition iuscrim, Freiburg i. Br., 1995, S. 89 ff.

Mélanie Bombled, Obligation de témoigner contre son concubin : conformité à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, Dalloz actualité, 16.04.2012, Nr. 16.

Philippe Bonfils, Loi n°2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes, RSC, 2010, S. 457 ff.

Evelyne Bonis-Garçon, La Cour européenne des droits de l'Homme et la juridictionnalisation de l'enquête, in Décima, La juridictionnalisation de l'enquête pénale, Cujas, Paris, 2015, S. 19 ff.

- Antoine Botton, Le rôle de Conseil constitutionnel dans le processus de juridictionnalisation de l'enquête pénale, in Décima, La juridictionnalisation de l'enquête pénale, Cujas, Paris, 2015, S. 55 ff.
- Jacques Buisson, Garde à vue d'une partie civile. Prestation de serment du mis en cause, RSC, 2005, S. 384 ff.
- Yannick Capdepon, Quelle place pour le suspect ? in Décima, La juridictionnalisation de l'enquête pénale, Cujas, Paris, 2015, S.101 ff.
- Nicolas Catelan, Témoin, droits de la défense et périmètre des nullités, Anmkg. zu Crim., Urt. v. 10.10.2017, Nr. 16-86.874, AJ Pénal, 2017, S. 550 ff.
- Carine Copain, Le silence du mis en cause au cours de la phase préparatoire du procès pénal en droit français, Les cahiers de droit, Québec, 2015, S. 319 ff.
- Emmanuel Daoud,  
Caroline Boyer, L'avocat chargé d'une enquête interne : enjeux déontologiques, AJ Pénal, 2017, S. 330 ff.
- Olivier Décima, Prolégomènes – Irrésistible Juridictionnalisation ? in La juridictionnalisation de l'enquête pénale, Cujas, Paris, 2015, S. 11 ff.
- Frédéric Doyez, Avocat et secret professionnel, AJ Pénal, 2004, S. 144 ff.

- Alexandre Gallois, L'atteinte au droit constitutionnel de se taire par l'exclusion légale d'une nullité de procédure pénale, Recueil Dalloz, Paris, 2017, S. 395 ff.
- Claudia Ghica-Lemarchand, La responsabilité pénale de la violation du secret professionnel, RDSS, 2015, S. 419 ff.
- Carole Girault, L'enregistrement audiovisuel des interrogatoires hors du cabinet du « juge d'instruction » : oui, mais ! – Cour de cassation, crim. 13 mai 2015, AJ Pénal, 2015, S. 438.
- Sabine Gless, Verbotene Vernehmungsmethoden und Beweisverbote - Ein Problem der Akteure, der Situation oder der Zielbestimmung, in Leblois-Happe, Vers un nouveau procès pénal? Neue Wege des Strafprozesses, Colloques 9, Société de législation comparée, Paris, 2008, S. 95 ff.
- Cyril Grimaldi, Preuve et droits fondamentaux en France, in Mazeaud/Dupichot/Grimaldi, La preuve, Journées Pays-Bas/Belgique, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Bruylant/LB2V, Brüssel/Saint-Germain-en-Laye, Band LXIII, 2013, S. 161 ff.

- Christian Guéry, Le juge d’instruction et le suspect, AJ Pénal, 2017, S. 384 ff.
- De la nécessité accrue, pour le témoin assisté, de l’être bien..., AJ Pénal, 2005, S. 111 ff.
- L’avenir du suspect, AJ Pénal, 2005, S. 232 ff.
- Sylvie Hennion-Moreau, Le licenciement d’un éducateur pour dénonciation de faits délictueux, Droit social, 1996, S. 150 ff.
- Jérôme Lasserre  
Capdeville, L’obligation de prêter serment – Cour de cassation, crim. 10 mai 2016, AJ Pénal, 2016, S. 499 ff.
- Sabrina Lavric, Notification du droit au silence et appréciation globale de l’équité, AJ Pénal, 2016, S. 36 ff.
- Christine Lazerges, Dédoublément de la procédure pénale et garanties des droits fondamentaux, in Alt-Maes/Barbieri/Bonfils/Bonhomme, Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Dalloz, Paris, 2006, S. 573 ff.
- Jocelyne Leblois-Happe, L’Européanisation du droit pénal français depuis le traité de Lisbonne, in Pin, Mémoire et droit pénal en France et en Allemagne, Société de législation comparée, Paris, 2017, S. 113 ff.

L'entraide répressive internationale depuis le Code d'instruction criminelle, in Jung/Leblois-Happe/Witz, 200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le Bicentenaire du Code d'instruction criminelle, Nomos, Baden-Baden, 2010, S. 225 ff.

In demselben Werk: Schussbetrachtung/Conclusion: Rapport de synthèse, S. 245 ff.

Rémy Lorrain,  
Christophe Ingrain,

Le rôle de l'avocat lors des perquisitions pénales à la lumière des développements récents, AJ Pénal, 2016, S. 246 ff.

Jean-Yves Maréchal,

Les droits de la défense durant l'enquête de police, A propos de l'avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme du 29 avril 2014, La Semaine Juridique, Edition G, LexisNexis, Paris, 2014, aperçu rapide 605.

Claude Mathon,  
M. Monnoyeur,

La diversité des manifestations de juridictionnalisation, in Décima, La juridictionnalisation de l'enquête pénale, Cujas, Paris, 2015, S. 119 ff.

Yves Mayaud,

La crédibilité, critère du mensonge punissable en droit pénal, AJ Pénal, 2008, S. 111 ff.

Cyrille Mayoux,

Secret des correspondances avocat/client : application aux courriels internes de l'entreprise, AJ Pénal, 2018, S. 49 ff.

- Eric Morain, La mort du secret professionnel de l'avocat (le cadavre bouge encore...), AJ Pénal, 2017, S. 374 ff.
- Jean-Baptiste Perrier, Le fair-play de la preuve pénale, AJ Pénal, 2017, S. 436 ff.
- Xavier Pin, L'évolution des droits de la défense depuis le Code d'instruction criminelle, in Jung/Leblois-Happe/Witz, 200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le Bicentenaire du Code d'instruction criminelle, Nomos, Baden-Baden, 2010, S. 157 ff.
- Jean Pradel, La motivation des décisions du juge des libertés et de la détention : vers une rigueur plus grande, La semaine juridique, LexisNexis, Paris, 2017, S. 82.
- Un problème français : que faire du juge d'instruction ? in Müller-Dietz/Müller/Kunz/Radtke/Britz/Momsen/Koriath, Festschrift für Heike Jung, Nomos, Baden-Baden, 2007, S. 729 ff.
- Damien Roets, Le serment d'une personne placée en garde à vue : un oxymore contraire au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et de garder le silence, RSC, 2011, S. 211 ff.
- Gilda Roussel, La perquisition : de la recherche de preuves à la recherche d'unité, AJ Pénal, 2016, S. 236 ff.

- Xavier Salvat, Audition d'une personne entendue en enquête préliminaire sans être placée en garde à vue, RSC, 2013, S. 842 ff.
- John Spencer, II, La mise en scène/La preuve, in Delmas-Marty, Procédures pénales d'Europe, PUF, 1995, S. 512 ff.
- Marc Touillier, Le statut du suspect à l'ère de l'eupéanisation de la procédure pénale : entre „petite“ et „grande“ révolutions, RSC, 2015, S. 127 ff.
- Etienne Vergès, Le statut juridique du suspect : un premier défi pour la transposition du droit de l'Union européenne en procédure pénale, A propos de la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, Droit pénal, 2014, S. 10 ff.
- Edouard Verny, La notion de secret professionnel, RDSS, 2015, S. 395 ff.
- Hervé Vlamynck, Le policier et le principe de l'inviolabilité du domicile, AJ Pénal, 2011, S. 352 ff.





## **Entscheidungsverzeichnis**

Im Folgenden werden die gerichtlichen Entscheidungen, die in dem Haupttext entweder wörtlich wiedergegeben wurden oder mit deren Inhalten sich in dem Haupttext vertieft auseinandergesetzt wurde, aufgeführt (chronologisch geordnet, beginnend mit der ältesten Entscheidung).

### **A. Internationale Rechtsprechung**

#### **I. EGMR**

EGMR, Beschl. v. 20.10.1997, Nr. 20225/92, *Serves c/Frankreich*.

EGMR, Urt. v. 14.12.1999, Nr. 37019/97, *A.M. c/Italien*.

EGMR, Urt. v. 03.04.2012, Nr. 42857/05, *Van Der Heijden c/Niederlande*.

EGMR, Urt. v. 28.06.2012, Nr. 15054/07, 15066/07, *Ressiot u.a. c/Frankreich*.

#### **II. EuGH**

EuGH, Urt. v. 11.02.2003, C-187/01, C 385/01, *Gözütok/Brügge*.

EuGH, Urt. v. 26.02.2013, C-399/11, *Melloni*.

EuGH, Urt. v. 05.04.2016, C-404/15, *Aranyosi/Caldararu*.

EuGH, Urt. v. 10.11.2016, C-453/16 PPU, *Özcelik*.

EuGH, Vorabentscheidungsersuchen des Spetsializiran nakazatelen sad (Bulgarien), eingereicht am 31. Mai 2017, Rs. C-324/17, *Gavanozov*.

Generalanwalt Y. Bot, Schlussantr. Rs. C-324/17, *Gavanozov*.

## **B. Deutsche Rechtsprechung**

### **I. BVerfG**

BVerfG, Urt. v. 20.02.2001, Az.: 2 BvR 1444/00.

BVerfG, Urt. v. 18.06.2005, Az.: 2 BvR 2236/04.

BVerfG, Urt. v. 15.12.2015, Az.: 2 BvR 2735/14.

### **II. BGH**

BGH, Urt. v. 28.10.1954, Az.: 3 StR 466/54.

BGH, Urt. v. 09.12.1975, Az.: 2 StR 480/7.

BGH, Beschl. v. 10.04.1981, Az.: 3 StR 236/80.

BGH, Urt. v. 23.01.1985, Az.: 1 StR 722/84.

BGH, Beschl. v. 03.11.1987, Az.: 5 StR 579/87.

BGH, Beschl. v. 02.01.1990, Az.: 1 StR 642/89.

BGH, Urt. v. 26.05.1992, Az.: 5 StR 122/92.

BGH, Urt. v. 10.08.1994, Az.: 3 StR 53/94.

BGH, Urt. v. 18.05.2000, Az.: 4 StR 467/99.

BGH, Beschl. v. 14.02.2001, Az.: 3 StR 438/00.

BGH, Beschl. v. 13.02.2004, Az.: 2 StR 408/03.

### **III. OLG**

OLG München, Beschl. v. 30.11.2004, Az.: 3 Ws 720-722/04.

### **IV. LG**

LG Hamburg, Beschl. v. 10.10.2010, Az.: 608 Qs 18/10.

LG Mannheim, Beschl. v. 03.07.2012, Az.: 24 Qs 2/12.

LG Braunschweig, Beschl. v. 21.07.2015, Az.: 6 Qs 116/15.

## **C. Französische Rechtsprechung**

### **I. Conseil constitutionnel**

Cons. const., QPC v. 30.07.2010, Nr. 2010-14/22.

Conseil const., QPC v. 18.06.2012, Nr. 2012-257.

Cons. const., QPC v. 21.03.2014, Nr. 2014-375.

Cons. const., QPC v. 04.04.2014, Nr. 2014-387.

Cons. const., QPC v. 11.04.2014, Nr. 2014-390.

Conseil const., Urt. v. 21.11.2014, Nr. 2014-428.

Cons. const., QPC v. 04.11.2016, Nr. 2016-594.

### **II. Cour de cassation, Chambre criminelle**

Crim., Urt. v. 22.01.1953, Bull. crim. Nr. 24.

Crim., Urt. v. 29.03.1994, Nr. 93-84.995, Bull. crim. Nr. 118.

Crim., Urt. v. 07.03.2000, Nr. 98-85.147, Bull. crim. Nr. 103.

Crim., Urt. 12.05.2010, Nr. 10-82.746, Bull. crim. Nr. 86.

Crim., Urt. v. 06.01.2015, Nr. 14-85528, Bull. crim. Nr. 8.

Crim., Urt. v. 18.02.2015, Nr. 14-82019, Bull. crim. Nr. 30.

Crim., Urt. v. 02.06.2015, Nr. 14-85130, Bull. crim. Nr. 136.

Crim., Urt. v. 10.05.2016, Nr. 15-87.713, Bull. crim. Nr. 139.

Crim., Urt. v. 07.06.2017, Nr. 16-87.114, inédit.

## Index

### A

Anfangsverdacht 110, **130**, 132  
Anordnungsbehörde **80 ff.**, 178, 210, 278  
audition du suspect 38, 108, **168 ff.**  
audition du témoin 38, 108, **236 ff.**, 249  
audition libre **168 ff.**  
Auskunftsverweigerungsrecht 228, **233 ff.**

### B

beidseitige Strafbarkeit 54, 69  
Berufsheimnisträger 231, 303, 318, 324  
Beschlagnahme 38, 108, **340 ff.**  
Beschlagnahmeverbot **340 ff.**  
Beschuldigtenvernehmung 38, 108, **143 ff.**  
Beschuldigter **141 ff.**

### C

clearing-Verfahren **443**

### D

Durchsuchung 38, 108, **294 ff.**

### E

EEA 93, 100, 102, *Siehe* Europäische Ermittlungsanordnung  
Eid **227 ff.**, 262, 268  
Eidespflicht 227, **236 ff.**, 240 *ff.*  
Eidesverweigerungsrecht **229**, 231

Ermittlungsverfahren **108 ff.**

EuHb 45, 87, 97, *Siehe* Rahmenbeschluss Europäischer Haftbefehl

Eurojust 29

Europäische Beweisanordnung 57

Europäische Ermittlungsanordnung 35, 60

Europäische Staatsanwaltschaft 29, **400 ff.**

Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 39

europäischer ordre public – Vorbehalt 47, 102

europäisches Strafverfahren **403 ff.**

## F

fair trial **140**, 273, *Siehe* Rechtsstaatsprinzip

Formular 47, 52, **82**, 105

forum regit actum **36**, **106**, 272, 441

forum shopping 87, 104

Fristen 47 59, 75, **99**, 105

## G

garde à vue **160**, 163

Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften 59

Grundsatz gegenseitiger Anerkennung 45, 49, **64**, 69, 103

## H

Harmonisierung 37, **69 ff.**, 74

## I

Immunitäten *Siehe* Berufsheimnisträger

information **118 ff.**, 136, 171

interrogatoire de première comparution **156 ff.**

## L

Legalitätsgrundsatz 109, **130**

locus regit actum 36, 42, 65, 174, 190

Loi Perben II 122

## M

mise en examen **151 ff.**

## N

ne bis in idem **96**

nemo tenetur-Grundsatz 148, 205, **233**, 382

## O

Opportunitätsprinzip **136**

ordonnance 78

ordre-public Vorbehalt 48, 86, 93, *Siehe* europäischer ordre-public Vorbehalt

## P

partie au procès *Siehe* Verfahrenspartei

perquisition 39, 108, **310 ff.**, **327**

personne mise en examen 151 *ff.*

phase d'enquête 113, **116 ff.**, **132**

## R

Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl **45 ff.**, 87, 97

Raum der Sicherheit, der Freiheit und des Rechts 31, **59 ff.**

Rechtsstaatsprinzip 36, 49, 74, 140, 276, 355, 375

Richtervorbehalt 90, 103



## S

saisie *39, 108, 323 ff., 328*  
Schengener Durchführungsübereinkommen *43 ff.*  
Selbstbelastungsfreiheit **266 ff.**  
Souveränitätsgrundsatz *31, 42, 64, 96, 103*  
Stockholmer Programm *60*  
suspect **149, 164**

## T

témoin *170, 235*  
témoin assisté *108, 151 ff., 161*  
Territorialitätsgrundsatz *31, 94*  
Traditionelle Rechtshilfe *64 ff.*

## U

Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 29. Mai 2000 *43*  
Unmittelbarkeitsgrundsatz *246*  
Unschuldsvermutung *109, 140*  
Unverletzlichkeit der Wohnung **294**

## V

Verfahrensabtrennung **147, 170, 266**  
Verfahrenspartei **151 ff.**  
Verhältnismäßigkeit *54, 85, 89 ff., 104, 110, 281*  
Verlesung **183, 255, 258**  
Verteidiger **145, 156, 170, 234**  
Vertrauen *60, 68, 70 ff., 100*  
Vollstreckungsbehörde *88*

## **W**

Wohnung *294 ff.*, 316

## **Z**

Zeuge **226 ff.**, 235, 249, 286

Zeugnisverweigerungsrecht **230**, 263



**Annex**, Muster-EEA der Staatsanwaltschaft Offenburg in Kooperation mit der Staatsanwaltschaft Straßburg

 <b>MINISTÈRE DE LA JUSTICE</b>  <b>TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE STRASBOURG</b>  Le Procureur de la République  1 Quai Finkmatt CS 61030 F – 67070 Strasbourg
---

Aktenzeichen:	Références :
---------------	--------------

## Europäische Ermittlungsanordnung (EEA)

### *Décision d'enquête européenne (DEE)*

<p>Diese EEA wurde von einer zuständigen Behörde angeordnet. Die Anordnungsbehörde bescheinigt, dass der Erlass dieser EEA für die Zwecke des darin angegebenen Verfahrens unter Berücksichtigung der Rechte der verdächtigen oder beschuldigten Person notwendig und angemessen ist, und die Ermittlungsmaßnahmen, um die ersucht wird, unter den gleichen Bedingungen in einem ähnlichen innerstaatlichen Fall hätten angeordnet werden können. Ich ersuche um <u>Durchführung der nachstehend angegebenen Ermittlungsmaßnahmen</u>(n) unter gebührender Berücksichtigung der Vertraulichkeit der Ermittlung und um <u>Übermittlung</u> der aufgrund der Vollstreckung der EEA <u>erlangten Beweismittel</u>.</p>	<p>La présente décision d'enquête européenne a été émise par une autorité compétente. L'autorité d'émission certifie que l'émission de la présente décision d'enquête européenne est nécessaire et proportionnée aux fins des procédures qui y sont énoncées, compte tenu des droits du suspect ou de la personne poursuivie, et que les mesures d'enquête demandées auraient pu être ordonnées dans les mêmes conditions dans le cadre d'une procédure nationale similaire. Je <u>demande l'exécution de la ou des mesures d'enquête</u> indiquées ci-après en tenant dûment compte de la confidentialité de l'enquête et <u>le transfert des éléments de preuve obtenus</u> à la suite de l'exécution de la décision d'enquête européenne.</p>
---	--

<b>ABSCHNITT A</b> Anordnungsstaat: <b>Frankreich</b> Vollstreckungsstaat: <b>Deutschland</b>	<b>SECTION A</b> État d'émission : <b>France</b> État d'exécution : <b>Allemagne</b>
---	--

ANHANG A /  
ANNEXE A

1  
**DE/FR**



**La décision d'enquête européenne et sa mise en œuvre en droits français et allemand - Die Europäische Ermittlungsanordnung und ihre Umsetzung in die deutsche und französische Rechtsordnung**

Résumé

La présente étude est consacrée à l'entraide européenne aux fins de recherche des preuves pénales. Le dernier outil en date concernant cet aspect d'entraide est la directive 2014/41/UE. Elle introduit un nouvel instrument, la décision d'enquête européenne qui est fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle. L'objectif de la directive est d'améliorer la coopération entre les États membres de l'Union européenne en ce qui concerne la collecte des preuves transfrontalière. La présente étude analyse les nouvelles approches adoptées par la directive ainsi que sa transposition dans les droits français et allemand. Elle apporte un éclairage sur la mise en œuvre concrète de la directive à travers des exemples ciblés de coopération entre la France et l'Allemagne. L'introduction de la décision d'enquête européenne s'inscrit-elle dans un objectif d'harmonisation des procédures pénales nationales ou se heurte-elle aux divergences des droits procéduraux nationaux aux dépens des droits du suspect ?

Mots-clés : preuve pénale – coopération judiciaire pénale – Espace de liberté, de sécurité et de justice – Droit pénal de l'Union européenne

Abstract

This study focuses on European judicial cooperation in the search for criminal evidence. The latest tool concerning this aspect of judicial cooperation is the Directive 2014/41/EU. The Directive introduces a new instrument, the European Investigation Order, which is based on the principle of mutual recognition. The objective of the Directive is to improve cooperation between EU Member States in the collection of cross-border evidence. This study analyses the new approaches adopted by the Directive and its transposition into French and German law. It lights up the practical implementation of the Directive through targeted examples of cooperation between France and Germany. Is the introduction of the European Investigation Order part of the harmonisation process of national criminal procedures in the European Union or does it run up against divergences in national procedural rights at the expense of the suspect's rights?

Keywords: criminal evidence - judicial cooperation in criminal matters - Area of freedom, security and justice – European criminal law