

Walter Gropp/Bahri Öztürk/Adem Sözüer/Liane Wörner

Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht

Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8329-5343-0

Die Bände 1 – 13 sind erschienen in der Reihe „Nomos Universitätschriften Recht“

1. Auflage 2010

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2010. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Erster Teil: Strafverfahrensrecht	13
<i>Hans-Josef Blumensatt</i>	
Grußwort – Aus der Arbeit der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt/ Main	15
<i>Dieter Anders</i>	
Justizgrundrechte in Strafverfahren mit Migrationshintergrund	19
<i>Helmut Goerlich</i>	
Zu Geschichte und Gegenwart der Konstitutionalisierung von Justizgrundrechten	25
<i>Adem Sözüer</i>	
Die Öffentlichkeit im Strafverfahren im türkischen Recht	43
<i>Bahri Öztürk</i>	
Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote – das Konzept in der Türkei	79
<i>Michael Nagel</i>	
Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbot – das Konzept in Deutschland?	91
<i>Krisztina Karsai</i>	
“The Fruit of the Poisonous Tree Doctrine” im europäischen Vergleich	107
<i>Gülsah Bostancı</i>	
Neue Regelungen in der türkischen Strafprozessordnung zur Verhinderung der Folter und die getroffenen Maßnahmen	129

Carolin Stockhausen

Folter im Strafverfahren – der Fall Daschner 141

Özge Sirma

Türk Hukukunda Silah Kullanma Yetkisi 161

Esra Alan

The Structure of the Turkish Criminal Judicial System 167

Bernd Hecker

Die Zusammenarbeit von Staatsanwaltschaft und Polizei bei der strafrechtlichen Ermittlung in Europa 177

Mustafa Ruhan Erdem

Die Reform des Rechtsmittelrechts – ein neuer Instanzenzug? 191

Pierre Hauck

Totgesagte leben länger! Plädoyer für eine Rechtsmittelreform in Strafsachen 201

Zweiter Teil: Allgemeines Strafrecht 217

Arndt Sinn

Die Vorsatzform des dolus eventualis im deutschen Recht 219

Uta Baroke

Die Vorsatzform des dolus eventualis aus rechtsvergleichender Sicht 229

Walter Gropp

Das fahrlässige Delikt und das Absehen von Strafe bei fahrlässiger Deliktsverwirklichung 237

Albin Eser

Das Überschreiten der Grenzen von Rechtfertigungsgründen – Notwehrexzess aus Erregung, Furcht oder Schrecken 247

<i>Ihan Üzülmöz</i>	
Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması (TCK m. 27/1) ve Kusurluluęu Kaldıran Bir Neden Olarak Meşru Savunmada Sınırın Heyecan, Korku ve Telaştan Aşılması (TCK m. 27/2)	261
<i>Friedrich-Christian Schroeder</i>	
Die Irrtümer im Strafrecht – Tatsachen- oder Rechtsirrtümer und ihr Einfluss auf die Straftat	271
<i>Sebastian Hoffmanns</i>	
Der Tatumsstandsirrtum im deutschen und türkischen Strafrecht	277
<i>Romina Pauschert</i>	
Der objektive Versuchsbeginn im türkischen Strafrecht versus der subjektive Versuchsbeginn im deutschen Strafrecht	303
<i>Liane Wörner</i>	
Der fehlgeschlagene Versuch zwischen Tatplan und Rücktrittshorizont – eine Rechtsprechungsanalyse	321
<i>Zeynel T. Kangal</i>	
Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüsten Gönüllü Vazgeçme	335
Dritter Teil: Besonderes Strafrecht	363
<i>Hasan Sinar</i>	
Yeni Türk Ceza Kanununda İfade Özgürlüğü	365
<i>Silvia Tellenbach</i>	
Zur Meinungsfreiheit in Deutschland	379
<i>Volker Bützler</i>	
Zur Verletzung weltanschaulicher und religiöser Bekenntnisse im deutschen Recht – eine Frage der Toleranz	387
<i>Kadir Varol</i>	
Ehre und Ehrenmord im deutschen und türkischen Recht	397

Esma Cakir-Ceylan

Rechtsprechungsentwicklung „Ehrenmorde“ in Deutschland von 1967
bis heute 427

Senan Elyafi

Ehrverbrechen – eine kriminologische Betrachtung.
Phänomenbeschreibung für Deutschland 433

Lena Bork

Das Phänomen der Zwangsverheiratung in Deutschland 441

Hayriye Yerlikaya

Zwangsheirat – ein eigener Straftatbestand? 451

Carina Agel

Kriminologische Betrachtungen zur Bagatellkriminalität, einschließlich
der Sanktionen 455

Selman Dursun

Bagatellkriminalität bei Zueignungs- und Vermögensdelikten im
türkischen Strafrecht 471

Nejdet Arslan

Bagatelltatbestände im Bereich des Diebstahls 479

Vierter Teil: Rechtsvergleichende Beobachtungen
Mukayeseli Hukuk Değerlendirmesi

487

Liane Wörner

Zur gesellschaftlichen Verankerung von Rechtsnormen – eine
Untersuchung anhand des deutschen und türkischen Strafrechts und
Strafprozessrechts 489

Liane Wörner

Türk-Alman Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bağlamında Hukuk
Normlarının Toplumsal Kabulü Üzerine Bir Değerlendirme 527

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren 561

“The Fruit of the Poisonous Tree Doctrine” im europäischen Vergleich

Krisztina Karsai

“Zehirli ağacın meyvesi doktrini” problematiği, delil yasakları sisteminde hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin değerlendirilmesini konu almaktadır. Teorik olarak, bu delillerden elde edilen deliller, ilk delil gibi hukuka aykırıdır. Her Avrupa ülkesinin hukuk sisteminde, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kullanımı kısıtlanmalıdır. Hukuk devleti ilkesi de, bu konuda başka bir şeye izin vermemektedir. Ulusal bir muhakeme hukukunun delil yasaklarını (delillerin toplanması veya delillerin değerlendirilmesi ile ilgili olarak) nasıl düzenlediği, ilgili Ceza Muhakemesi Kanunu, daha doğrusu ilgili hukuk pratiği vasıtasıyla, diğer ülkelerdeki düzenlemelerle mukayese edilebilir. Bunun kapsamlı bir biçimde yapılması mümkün değildir.

AIHM içtihatları, dar anlamda bu doktrini uygulamamaktadır. Delilin hukuka aykırılığına, adil yargılama şartı dolayısıyla karar verilmektedir. Anlaşma haklarının ihlalden dolayı AIHS md. 6 gereğince, delil vasıtalarının tespitinde elde edilen deliller için değerlendirme yasağı söz konusu olup olmayacağı, özellikle daha önce yapılmış anlaşma ihlallerinin belirleyici olduğu genel bir değerlendirmeye bağlıdır. Delil elde edilmesi aşamasında, AIHS md. 8 (özel hayat) ve md. 10 (ifade hürriyeti) ihlal edilmişse, açık bir anlaşma ihlali oluşur.

I. Einleitung

Es ist anlässlich einer Tagung, auf welcher sowohl Fragestellungen des Strafprozessrechts als auch des allgemeinen Strafrechts rechtsvergleichend behandelt werden, eine perfekte Entscheidung, die Besprechung der prozessrechtlichen Themen mit der Analyse einer Rechtsfigur zu bereichern, die in ihrer Natur dem europäischen Prozessdenken fremd ist. Hiermit können die eventuell äußerst interessante Problematik selbst, die Gründe der Ablehnung sowie weitere Anknüpfungsthemen behandelt werden. In diesem Sinne möchte ich mich bei den deutschen Gastgebern und Organisatoren für den Vorschlag dieses Themas sehr herzlich bedanken.

II. Die Doktrin – „pure“

Die Doktrin wurde in der US-amerikanischen Rechtspraxis geboren, wo sie als gewohnheitsrechtliche Regel für den Ausschluss bestimmter Beweise angewendet wird. Wenn die Behörden im Laufe der Beweissammlung in einem Strafverfahren rechtswidrig vorgehen, verändert diese Rechtswidrigkeit die Verwendungsmöglichkeiten des Beweises. Auf die so erlangten Beweise darf sich nicht berufen werden. In diesem Zusammenhang ist der rechtswidrige Hoheitsakt der symbolische „Baum“, der durch die Rechtswidrigkeit bereits „vergiftet“ wurde, und die sich aus dieser behördlichen Handlung ergebenden Beweise sind die „Früchte“. Diese fehlerhaften Beweise dürfen weiterhin nicht dazu benutzt werden, die bereits verletzte Vorschriften zu umgehen und weitere Beweise zu ermitteln. Die Doktrin verbietet ferner, auch alle abgeleiteten Beweise, die aus dem primären Beweis stammen, zu verwenden (Fernwirkung).

Die Metapher des vergifteten Baumes taucht im Fall *Nardone*¹ zum ersten Mal auf. Allerdings wurde die Konzeption selbst bereits 1920, im Fall *Silverthorne*² ausgearbeitet. Rechtswidrig erworbene Beweise wurden auch früher im förmlichen Verfahren nicht verwendet. Die These der Fernwirkung – was die Doktrin „pure“ eigentlich bedeutet – und ihre Bezeichnung, deren Symbolik eindeutig aus dem Matthäusevangelium³ stammt, entstand erst hier und vom Richter Felix Frankfurter.

Der Grundgedanke der Doktrin wurzelt *historisch* in dem britischen Habeas Corpus Act. Danach verkörpert die Doktrin einen Schutz vor rechtswidrigen, willkürlichen Handlungen der Behörden und keine Verpflichtung zur Selbstbelastung. In der *Grundrechtslehre* des US-Systems befindet sich diese Doktrin im Bereich des IV. Zusatzes,⁴ ergänzend des V. Zusatzes⁵ und des VI. Zusatzes,⁶ zur US-Verfassung. Wenn also die Beweissammlung diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht entspricht, wird der Beweis aus dem Beweisverfahren ausgeschlossen (sog. *Exclusionary Rule*). Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass solche Beweise nur dann der Doktrin unterfallen, wenn sie *gegen*

1 Frank C. Nardone und andere gegen die Vereinigten Staaten der Amerika (308 U.S. 338, 60 S. Ct. 266, 84 L. Ed. 307 (1939)). Quelle: <http://supreme.justia.com/us/308/338/case.html> (9.1.2010).

2 Silverthorne Lumber Co. gegen die Vereinigten Staaten der Amerika (251 U.S. 385, 40 S. Ct. 182, 64 L. Ed. 319 (1920)). Quelle: <http://supreme.justia.com/us/251/385/case.html> (9.1.2010).

3 Matthäus 7-17: So bringt jeder gute Baum gute Früchte; aber ein fauler Baum bringt schlechte Früchte. 7-18 Ein guter Baum kann nicht schlechte Früchte bringen, und ein fauler Baum kann nicht gute Früchte bringen. 7-19 Jeder Baum, der nicht gute Früchte bringt, wird abgehauen und ins Feuer geworfen. 7-20 Darum: an ihren Früchten sollt ihr sie erkennen. Quelle: <http://www.bibel-online.net> (zuletzt aufgerufen am 9.1.2010).

4 Fourth Amendment, guards against unreasonable searches and seizures.

5 Fifth Amendment, no person „shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself“ and that no person „shall be deprived of life, liberty or property without due process of law.“.

6 Sixth Amendment, right to counsel.

den *Beschuldigten* sprechen, seine Schuld untermauern. Der Beschuldigte kann einen solchen Beweis aber zu seinem eigenen Vorteil verwenden.

Die Doktrin findet ihren Platz in der *Prozesslehre* mittels einer Strukturanalyse: Sie ist eines jener Prinzipien, die für die Beurteilung der Fernwirkung eines rechtswidrigen Beweises in der amerikanischen Rechtslehre ausgearbeitet worden sind, neben der Doktrin des „Silbertellers“⁷ und Bemäntelung von Informationen als Sachverständigenutachten.⁸

Ferner ist es wichtig zu betonen, dass sich die Doktrin an dem Parteiprozess und vor allem an dem Wahrheitsfindungsziel des Prozesses orientiert. In einem Verfahren, indem die prozessuale Wahrheit erforscht wird, verletzt der – von der anderen Partei – rechtswidrig erworbene Beweis selbst den Kerngedanken des Verfahrens,⁹ Denn in diesem Verfahren ist die Wahrheit das, was bewiesen wird. Ein konstitutives Element ist dann hier gerade die Beweisbarkeit. Hieraus ergibt sich, dass gerade „bei der Schaffung“ der Wahrheit nur gesetzliche Mittel verwendet werden dürfen.¹⁰

Der Beschuldigte muss beweisen, dass die gegen ihn erbrachten Beweise Früchte des vergifteten Baumes sind. Wenn sich bereits die Anklage auf auszuschließende Beweise stützt, entfällt die Anklage, es sei denn, die „übrig gebliebenen“ Beweise sind ausreichend, und die Anklage kann beweisen, dass sie auch ohne den inkriminierten Beweis zu denselben Erkenntnissen gekommen wäre (*clean path*).

Ganz einfach gesehen, die Doktrin erfasst selbst die Fernwirkung, die sogar das ganze Strafverfahren lahmlegen kann. Es gibt aber eine Reihe von Ausnahmen, die trotz einer formalen Rechtswidrigkeit nicht zum Ausschluss des betroffenen Beweises führen.¹¹

III. Die Doktrin im europäischen Kontext – Eckpunkte

Nach dieser kurzen Übersicht über die Doktrin selbst erhebt sich die Frage, wie diese Thematik im europäischen Kontext behandelt werden kann.

-
- 7 Der Ausdruck stammt von dem selben Richter Felix Frankfurter, im Jahre 1949 im Fall *Lustig v. United States*. Allerdings ist z.B. bei Folter diese Doktrin eingeschränkt, wenn der Verfahrensverstoß „the conscience (Gewissen) of American court“ schockt.
 - 8 Rechtswidrige oder bereits ausgeschlossene Beweise tauchen in einem Gutachten auf, als Sachverständigenbeweis. Siehe *Tremmel, Flórián, Bizonyítékok a büntetőeljárásban* (Beweise im Strafverfahren), Dialóg-Campus 2006, Pécs. S 164-165.
 - 9 *Jäger, Christian*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, München 2003, S 1.
 - 10 Im Gegensatz dazu kann in den Verfahren, wo die materielle Wahrheit erforscht wird, die nicht durch die Beweise entsteht, die also – mehr oder weniger – erfahren und dadurch bewiesen wird, die Suche nach der materiellen Wahrheit bestimmte Rechtswidrigkeiten des Beweisverfahrens heilen.
 - 11 Mehr dazu, sowohl allgemein und vertiefend als auch zu den Ausnahmen: *Dessler, Joshua*, *Understanding Criminal Procedure*, New York 2002, Rn. 21.08, S. 414-417; vgl. auch aktuell *Herring v. United States* (07-513, 2008) vom 14.1.2009.

Strukturell gesehen kann ein europäischer Kontext entweder innerstaatlich / rechtsvergleichend besprochen werden, also ob und wie die Doktrin in den einzelnen europäischen Ländern funktioniert. Oder man versucht eine zwischenstaatliche / supranationale Erscheinung der Doktrin aufzugreifen, was in Europa im Rechtsrahmen des Europarates oder der Europäischen Union möglich wäre.

In einer *inhaltlichen* Kategorisierung kann aufgrund der Akzeptanz der Doktrin festgestellt werden, ob und wie weit die Fernwirkung rechtswidrig erlangter Beweise reicht. Mit dem ihr eigentlich beigegebenen Gehalt wird die Doktrin in Europa nicht anerkannt, nicht einmal in Großbritannien.¹² Die Problematik der Fernwirkung wird – wenn überhaupt – im System der Beweisverbote behandelt.¹³

Es gibt schließlich die *formelle* Kategorisierung, wonach gefragt wird, ob Beweisverwertungsverbote (oder konkret diese Doktrin) im Gesetz stehen oder im Ermessen des Richters liegen, oder kombiniert zur Geltung kommen können. Im Folgenden werden zusammenfassende Abschnitte über die Regelung einiger europäischen Staaten dargelegt, deutsche und türkische Regelungen werden hier jedoch nicht angesprochen, da diese Gegenstand der Vorträge anderer Teilnehmer bzw. Beitragsautoren sind.

IV. Innerstaatlicher / rechtsvergleichender Kontext

1. Großbritannien

Der Grundgedanke der Doktrin findet sich im britischen Habeas Corpus Act (Schutz vor rechtswidrigen, willkürlichen Handlungen der Behörden). In diesem common law System wurden Beschlüsse allein aus dem Grund der Rechtswidrigkeit nicht ausgeschlossen, der Richter muss die Gefährdung des fairen Verfahrens, die eventuelle Verletzung des nemo tenetur Prinzips sowie die Zuverlässigkeit des rechtswidrig erlangenen Beweises abwägen.

Den ersten Präzedenzfall dazu kann man schon im Jahre 1861 finden: „Auch Beweise, die gestohlen wurden, sind verwendbar.“ Sowieso sind die Richter traditionell unwillig, Beweise aufgrund der Methode, mit der sie gesichert wurden, auszuschließen.¹⁴ Der Ausschluss unterliegt vielmehr dem *gesetzlichen* Prinzip. Nach einem diesbezüglich 1984 erlassenen Gesetz (§ 78 Police and Criminal Evidence Act, 1984) sind vom Beschuldigten rechtswidrig mit Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung, oder sonst mit Gewalt oder Bedrohung erlangte Beweise nicht verwertbar. Die Entscheidung darüber liegt

12 *Delmas Marty, Mireille/Spencer J. R.*, European Criminal Procedure, Cambridge 2008, S. 603.

13 Siehe noch: *Rogall, Klaus*, Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten, in: ZStW 91 (1979), S. 1-44, S. 3.

14 *Delmas Marty/Spencer* (Fn. 12), S. 603.

beim *Richter*. Er entscheidet in seinem Ermessensspielraum¹⁵ von Fall zu Fall, ob ein Beweis im Strafverfahren zugelassen werden kann.

Zur Beweislast sollte hier ausdrücklich ein wichtiges Beispiel benannt werden, das sich auf den extremsten Fall „einer vergifteten Frucht“ bezieht: die Beweisgewinnung mittels Folter bzw. die Gewinnung weiterführender Informationen aus Folterhandlungen. Im adversatorischen System des britischen Strafprozesses tritt hier eine Beweislastverschiebung auf die Partei ein, welche den angeblichen Folterbeweis verwerfen will, also typischerweise auf die Strafverfolgungsbehörde. Sie muss beweisen, dass zur Beweisgewinnung keine Folter angewandt wurde oder zumindest dass insoweit kein reales Risiko bestand.¹⁶ Im Fall *A and others* (2005) in Großbritannien musste das House of Lords entscheiden, ob britische Gerichte Aussagen als Beweismittel zulassen können, welche durch Beamte eines ausländischen Staates ohne Beteiligung britischer Behörden möglicherweise durch Folter erlangt worden sind. Das House of Lords gab dem Beschwerdeführer Recht: Das common law verbiete die Zulassung von Folterbeweisen, „irrespective of where, or by whom, or on whose authority the torture was inflicted“.¹⁷

2. Frankreich

In Frankreich, dessen Strafverfahren eher kontinentale Einstufung genießt, wird in der *Rechtsprechung* das „*Nullité*-Prinzip“ anerkannt, also die Beweise, die rechtswidrig – auch vom Dritten – erworben sind, werden für nichtig erklärt. Rechtsfolge ist, dass der Beweis (bzw. die Dokument darüber) aus der Akte zu entfernen ist.

Das *Nullité*-Prinzip gilt aber nicht universell, sondern nur für bestimmte Beweise, so lediglich für die Hausdurchsuchung und für die Körperdurchsuchung. Bei der Festnahme oder Vernehmung des Beschuldigten begangene Rechtsverletzungen, die zu einer rechtswidrigen Beweisaufnahme führen, begründen die Nichtigkeit des Beweises daher nicht. Diese Diskrepanzen werden bis heute diskutiert, und die Gesetzgebung versucht immer wieder, diesbezüglich gesetzliche Regelung zu erlassen. Da diese Frage in Frankreich „durchpolitisiert“ ist, ändert sich die gesetzliche Lage im Lichte der regierenden politischen Kräfte. Die linken Bewegungen begrüßen eine gesetzliche Gleichstellung mit Blick

15 Faktoren hierzu sind nach der Rechtsprechung: die Schwere der Straftat und die Schwere der Rechtsverletzung, d.h. wie intensiv die rechtswidrige Methode die Glaubwürdigkeit des Beweises beeinflusst.

16 *Ambos, Kai*, Die transnationale Verwertung von Folterbeweisen, StV 2009, S. 151-161, S. 160.

17 *A and others v. Secretary of State for the Home Department* (No. 2), Entscheidung vom 8. 12. 2005 (2005) UKHL 71, (2005) 3 WLR 1249, www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd051208/aand-1.htm (zuletzt aufgerufen am 9.1.2010). Wichtige Bearbeitung der Thematik bei *Ambos* (Fn. 16), StV 2009, 151 ff.

auf ein Verwertungsverbot auch für Rechtsverletzungen bei der Festnahme, die rechten Kräfte sehen genau hierin eine Entwaffnung des Staates. So kam dazu, dass im Jahre 1981 die Nichtigkeit solcherart erlangter Beweise im Gesetz verankert wurde, was 1983 aber wieder außer Kraft gesetzt wurde. 1993 wurde der „Ritualtanz“ erneut vorgeführt: die Nichtigkeit im Januar eingeführt und im August wieder außer Kraft gesetzt.¹⁸

3. Spanien

Im spanischen Recht gab es bis 1985 keine bestimmte Regelung oder höchst-richterliche Richtlinie zu Beweisverwertungsverboten. Trotzdem stützte die Rechtsprechung des spanischen Verfassungsgerichtes die Doktrin auf Art. 24 des spanischen Grundgesetzes (*fair trial*). Dies kommt auch heute noch zum Ausdruck, da die Ausschlussregel bzw. das Beweisverwertungsverbot als eine verfassungsrechtliche Garantie anerkannt wird.

Im Jahre 1985 wurde das „Ley Orgánica del Poder Judicial“, ein Gerichtsbarkeitsgesetz mit den erforderlichen Vorschriften für die Gerichte und die Justiz, verabschiedet. Dessen § 11.1 besagt: „In jedem Verfahren gelten die Regeln der *bona fides*. Die erlangten Beweise dürfen weder unmittelbar noch mittelbar die Verletzung von Grundrechte oder -freiheiten verursachen.“¹⁹ Trotzdem ist die Auslegung des Paragraphen in der Praxis der Gerichte nicht einheitlich: Manchmal sind die Gerichte der Ansicht, dass der Paragraph die Doktrin des „Fruit of the Poisonous Tree“ („frutos del árbol envenenado“) aufnimmt. Manchmal meinen sie, dass § 11.1 eher die „Kausal-Theorie“²⁰ verkörpert. Die aktuelle Doktrin des spanischen Bundesverfassungsgerichtes ist eine gemäßigte „Kausal-Theorie“ bei der „*relación de antijuridicidad*-Doktrin“.

Der spanische Bundesverfassungsgerichtshof führt den Ausschluss eines rechtswidrig erworbenen Beweises auf eine Grundrechtsverletzung (somit direkt auf die Verfassung) zurück. Damit kann der Gerichtshof auch die – meist begründete – Kritik der Nordamerikanisierung im Strafprozess²¹ zurückweisen.

Es ist also nicht ausreichend, dass zwischen dem rechtswidrigen Beweis und dem abgeleiteten Beweis ein Zusammenhang bzw. Kausalität besteht. Zum Ausschluss ist vielmehr eine Verbindung zur Unrechtmäßigkeit (*antijuridici-*

18 *Delmas Marty/Spencer* (Fn. 12), S. 606; *Farkas, Ákos/Róth, Erika*, A büntetőeljárás (Das Strafverfahren), KJK-Kerszöv, Budapest 2004, S. 112.

19 “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.”

20 Die Kausale Theorie stellt allein auf die kausal-natürliche Relation („*relación causal-natural*“) zwischen dem rechtswidrigen und dem abgeleiteten Beweis ab. *Miranda Estrampes, Manuel*, La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y su progresiva limitación, *Jueces para la democracia*, Nº 47, 2003, S. 56-57.

21 *Miranda Estrampes* S. 54.

dad) erforderlich, die von der Natur oder Art der originalen Grundrechtsverletzung, von dem Ergebnis oder der Notwendigkeit des Grundrechtsschutzes, abhängt.²² Wesentlich ist aber, dass das *bona fides* Prinzip diese verfassungsrechtliche Ausschlussregel einschränkt. Interessant ist schließlich die Argumentation bei Beweisen, die *für den Beschuldigten* sprechen: hier schließt die Rechtswidrigkeit eines Beweises, der die Unschuld des Beschuldigten beweisen könnte, seine Zulässigkeit im Verfahren gerade nicht aus, da gerade mit dem Ausschluss des zugunsten des Beschuldigten wirkenden Beweises dessen Grundrechte verletzt würden. Das *bona fides* Prinzip gilt auch hier.²³

4. Ungarn

a) Allgemeines Beweisverbot

Die ungarische StPO, Gesetz XIX aus dem Jahre 1998 (uStPO), schließt als Beweis solche Tatsachen aus, deren Kenntnis das Gericht, die Staatsanwaltschaft bzw. die Ermittlungsbehörde durch Straftat, mittels anderer verbotener Methoden oder mittels einer wesentlichen Einschränkung der Verfahrensrechte der Beteiligten erlangt hat (§ 78 Abs. 4 uStPO).

Die Rechtsfolge ist hier, dass der Beweis nicht verwertbar ist, diesbezüglich dem Richter bzw. Ermittlungsbehörde oder Staatsanwaltschaft also kein Beurteilungsspielraum zusteht. Allerdings wird nicht festgelegt, was genau ein Ausschluss im Prozess bedeutet, z.B. ob der Beweis aus der Akte zu entfernen ist, oder ob er nach wie vor Teil der Akte bleibt,²⁴ weshalb etwa die indirekte Verwendung der Erkenntnisse weiterhin möglich bleibt.

Auf die strafatbezogene Herkunft des Beweises können sich alle Beteiligten des Verfahrens berufen. Allerdings ist es in der uStPO nicht geregelt, in welchem formalen Rahmen dies für einen Ausschluss festgestellt werden muss. Unklar ist insoweit, ob eine solche Wirkung erst dann eintritt, wenn die Straftat auch formell in einem Strafverfahren festgestellt wurde, oder ob das mit der

22 „Según esta doctrina, para el reconocimiento de la eficacia refleja ya no es suficiente con la existencia de una relación o conexión causal-natural entre la prueba ilícita y la prueba derivada lícita, sino que es necesario además al existencia de una conexión de antijuridicidad, cuya apreciación depende de la índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental, así como de su resultado, y de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud”, *Miranda Estrampes*, S. 63.

23 *Miranda Estrampes* S. 65.

24 Gegen eine fragwürdige Richterpraxis muss man streng auftreten: wenn selbst die Vernehmung oder Zeugenverhör als Beweis aus irgendeinem Grund auszuschließen ist, wäre die Anerkennung der Protokolle „nur“ als Urkundenbeweis völlig zynisch und würde einen rechtsstaatlichen Strafprozess untergraben. Siehe dazu noch *Kis, László*, A titkos adatgyűjtés szerepe a büntetőeljárásban, különös tekintettel az Európai Unió keretében folytatott együttműködésre (Die Rolle der geheimen Datensammlung im Strafprozess, insbesondere im Rahmen der strafrechtlichen Zusammenarbeit in der Europäischen Union), Dissertation, Miskolc 2009, S 243.

Beweiserhebung befasste Gericht selbst berechtigt ist, ein entsprechendes Verfahren zu führen und dessen Erkenntnisse als Grundlage für das Ausschließen des inkriminierten Beweises zu nutzen. Diesbezüglich gibt es keine Judikatur, so dass es wahrscheinlich vom jeweiligen Fall und dem mit der Entscheidung befassten Senat abhängt,²⁵ ob auf ein eigenständiges Strafverfahren verwiesen oder selbst Inkriminierungsbeweis erhoben wird. Allerdings gilt es zu erwähnen, dass in Ungarn die Wiederaufnahme möglich ist, wenn der Staatsanwalt oder der Richter eine strafbare Pflichtverletzung begangen haben. Das außerordentliche Rechtsmittel kann aber nur dann erhoben werden, wenn die Straftat rechtskräftig festgestellt wurde.²⁶ Beweisverfahren, die die gesetzlichen Regelungen verletzen oder die Rechte der Verfahrensbeteiligten beschränken, können gemäß § 375 uStPO zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung der Akte an das Gericht der ersten Instanz zu erneutem Verfahren führen.

Als eine Generalklausel gilt § 78 Abs. 4 uStPO. Danach können aufgrund „anderer verbotener Methoden“ weitere Beweise ausgeschlossen werden, wie etwa im Fall des Verursachens von Hunger oder Durst oder des Entzug von Schlaf. Diese Klausel kann weiterhin angewendet werden, wenn während der Beweisaufnahme nur Prozessvorschriften (Protokollierung, Anwesenheit von bestimmten Personen usw.) verletzt werden. Das wird als eine „verkleidete“²⁷ Form des Beweisverbotes angesehen. Obwohl das konkrete Verbot fehlt, bildet die Verletzung der allgemeinen Vorschriften „die andere verbotene Methode“, und fällt damit unter diese Generalklausel.

Schließlich schließt § 78 Abs. 4 uStPO Beweise dann aus, wenn die Verfahrensrechte der Beteiligten wesentlich beeinträchtigt wurden. Es liegt auf der Hand, dass auch die „anderen verbotenen Methoden“ bereits solche Rechtsverletzungen darstellen. Dies erweiternd wird hier aber auch der Weg geöffnet, dass solche Verfahrensfehler als Beweisverwertungsverbote anerkannt werden, die nicht konkret als solche bei den jeweiligen Beweismitteln geregelt sind. Als ein Beispiel sei die Verletzung des Anwesenheitsrechts des Strafverteidigers benannt, wenn die Ermittlungsbehörde hierdurch solche Beweismittel sichern konnte, auf welche sie sonst nicht oder nur unter schwierigeren Umständen Zugriff gehabt hätte. In der Regel ist eine Verletzung wesentlich, wenn sie sich auf die Endentscheidung im Prozess auswirkt. Die Klausel bezieht sich aber nicht auf die Verletzung von Verfahrensrechten von *Dritten*, sondern hebt allein auf die Verletzung von Rechten von Prozessbeteiligten ab. Unter Verletzung

25 *Király, Tibor*, Büntetőeljárás jog. (Strafprozessrecht) Osiris, Budapest 2008, Rn. 352.

26 Die Verletzung der Gesetzlichkeit des Beweisverfahrens und die Einschränkung der Verfahrensrechte der Beteiligten sind Gründe, die für die zweite Instanz ein Außerkräftsetzen des erstinstanzlichen Urteils ermöglichen (§ 375 uStPO).

27 *Erdei, Árpád*: Tilalmaak a bizonyításban (Verbote im Beweisverfahren), in: *Tények és kilátások, Tanulmányok Király Tibor tiszteletére* (FS für Tibor Király), Hrsg.: Erdei, Árpád, Budapest 1995, S. 61.

von Drittrechten erhobene Beweise sind mithin zu verwerten.²⁸ Der ungarische Oberste Gerichtshof vertritt hier, der deutschen Auffassung entgegenstehend, die Meinung, dass im Strafprozess nicht zu prüfen ist, ob das Verhalten von Dritten zum Beispiel bei einer heimlichen Tonband- oder Videoaufnahme Persönlichkeitsrechte anderer verletzt. Wenn solche Aufnahmen für die Feststellung des Tatbestandes nötig seien, so sei das Gemeininteresse zur der Wahrheitsfindung begründet und die Verwendung des Beweises zulässig. Eine Verletzung der Persönlichkeitsrechte kann erst *getrennt* in einem Zivilverfahren festgestellt werden.²⁹ Eine Rückwirkung dieser zivilrechtlichen Entscheidung in das Strafverfahren und auf das strafrechtliche Urteil ist ausgeschlossen, auch dann, wenn das Zivilgericht eine Rechtsverletzung feststellt. Da schließlich § 78 Abs. 4 uStPO an die wesentliche Beeinträchtigung von Verfahrensrechten der Beteiligten *keine konkreten Vorgehensmethoden (modus operandi)* knüpft, fehlt es an einer Prüfung dieser Umstände in der Ermittlungspraxis. Erst im gerichtlichen Stadium des Verfahrens tauchen diesbezüglich Rügen auf. Wenn aber bereits die Anklage auf rechtswidrig erworbenen Beweisen fußt, kann so gleich die Gesetzlichkeit der Anklage in Frage gestellt werden.

b) *Vergiftete Frucht – abgeleiteter Beweis*

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass sowohl die uStPO als auch die ungarische Rechtspraxis die Doktrin in ihrer vollständigen Form nicht kennt. So sind die rechtswidrig erworbenen Beweise aus dem Beweisverfahren auszuschließen, aber der indirekten Verwendung und Nutzung von abgeleiteten (sekundären) Beweisen steht in der Praxis nichts entgegen.

5. *Zwischenbilanz*

Die Problematik der „Fruit of the Poisonous Tree“ Doktrin wird mithin im System der Beweisverbote behandelt, im Rahmen der Beurteilung rechtswidrig erlangter Beweise. Danach sind grundsätzlich die abgeleiteten Beweise ebenso rechtswidrig, wie der Erstbeweis. Für die Verwendung solcherart rechtswidrig erlangter Beweise müssen Beschränkungen in jeder europäischen Rechtsordnung existieren – das Gebot der Rechtsstaatlichkeit erlaubt nichts anderes. Wie genau aber ein nationales Prozessrecht die Beweisverbote – seien es Beweiserhebungs- oder Beweisverwertungsverbote – regelt, kann man nur anhand der

²⁸ Ob das Verhalten von Dritten etwa Persönlichkeitsrechte verletzt, ist im Strafprozess nicht zu prüfen. Wenn eine solche Aufnahme für die Feststellung des Tatbestandes nötig ist, und das Gemeininteresse in der Wahrheitsfindung vorwiegt, wird der Beweis nicht ausgeschlossen, vgl. Oberster Gerichtshof 2000. 296.

²⁹ BH (Bírószági Határozatok/Gerichtliche Urteile) 2000, 296.

jeweiligen StPO-Vorschriften bzw. Rechtspraxis vergleichen. Ein solch umfassender Vergleich würde den Rahmen dieses Projektes sprengen.

Die Fernwirkung von Beweisverboten kann mithin in bestimmten Rechtsordnungen Geltung haben. Oft wird aber nur mittels der durch die Rechtspraxis aufgestellten Kriterien im konkreten Einzelfall entschieden. Die gesetzlich festgelegten Beweisverbote erstrecken sich typischerweise nicht konkret auf die abgeleiteten Beweise. Für die Auslegung im Einzelfall zur Verwendung eines fraglichen Beweises, einer fraglichen Beweistatsache, eröffnet dies den Weg, sich für oder gegen die Fernwirkung eines Beweisverbots auszusprechen. Die in der Rechtspraxis aufgestellten Kriterien knüpfen dabei entweder an die Schwere der ursprünglichen Rechtsverletzung (z.B. Italien, Frankreich) oder an die „Mittelbarkeitsstufe“ des abgeleiteten Beweises (z.B. Spanien) an, also daran, wie „weit“ der abgeleitete Beweis von der rechtswidrigen behördlichen Handlung „weg“ ist. Diese „Unmittelbarkeit“ bzw. „Mittelbarkeit“ hat verschiedene Namen und Voraussetzungen, abhängig von dem jeweiligen Rechtssystem. Einen allgemeinen „Lahmlegungseffekt“ hat die Doktrin in Europa aber nicht. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die Suche nach der materiellen Wahrheit und damit das Vorrücken anderer Interessen die nachträgliche Heilung bestimmter prozessualer Rechtswidrigkeiten etwa durch Zustimmung des Betroffenen oder mittels Wiederholung des Prozessaktes erlauben. Diese Möglichkeit ist aber völlig von der Natur der Rechtsverletzung abhängig, eine noch weitergehende Analyse verbietet sich daher im hiesigen nur beschränkten Rahmen.

V. Zwischenstaatlicher / supranationaler Kontext I. – EGMR

Im Kontext des menschenrechtlichen Schutzes der EMRK lässt sich die „*Fruit of the Poisonous Tree*“ Doktrin im Zusammenhang mit dem Folterverbot (Art. 3), mit der Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2) sowie mit dem Gebot eines fairen Verfahrens (Art. 6 Art. 1,3) erörtern.

Hier zeigen sich zwei Aspekte: einerseits, ob die Konvention selbst für die innerstaatliche Strafprozessordnung allgemein oder konkret Beweisverbote in Form von Beweisverwertungsverboten für rechtswidrig und gegen die innerstaatliche Normen verstoßende Beweiserhebungen vorschreibt und andererseits, ob im Falle einer rechtswidrigen Beweiserhebung ein selbständiges Verbot aus der Konvention abzuleiten ist.³⁰

Der EGMR hat aber im Fall *Schenk* gegen die Schweiz betont, dass es nicht seine Aufgabe sei, grundsätzlich darüber zu entscheiden, ob unter Verstoß ge-

30 Esser, Robert, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahren, Berlin u.a. 2002. S. 628.

gen das nationale Recht erlange Beweise zuzulassen seien, sondern nur ob das Verfahren als Ganzes fair gewesen sei.³¹

1. Folterverbot – Art. 3 EMRK

Das Folterverbot ist Teil des verbindlichen Völkerrechts, also eine *ius cogens* Vorschrift. Die EMRK selbst beinhaltet keine Definition der Folter, und weiterhin auch keine direkte Ausschlussregel für durch Folter erlangte Beweise. In seiner Rechtsprechung stützt sich der EGMR aber auf die UN-Anti-Folter-Konvention, die dieses Verbot in ihrem Art. 15 auch als solches festsetzt.

Allerdings sind Folterbeweise vom Gesichtspunkt des fairen Verfahrens zu beurteilen. „Die Verwertung einer in Verletzung des Art. 3 EMRK gewonnenen Aussage verstößt danach auch dann gegen Art. 6 EMRK, wenn das Schuldurteil in dem betroffenen Strafverfahren nicht auf ihrer Verwertung beruht. Beweismittel, die durch Folter erlangt worden sind, dürfen ungeachtet ihres Beweiswerts und gleich ob es sich um Aussagen oder sachliche Beweismittel handelt niemals *zum gesetzlichen Schuldbeweis* herangezogen werden. Dies gilt auch dann, wenn die erzwungenen und verwerteten Aussagen nicht gegenüber den Folternden gemacht und später von den Aussagenden bestätigt worden sind, solange sich eine Fortwirkung der früheren Folter (insbesondere: Furcht vor weiteren Beeinträchtigungen) nicht ausschließen lässt.“³² In der Literatur wird weiterhin die Auffassung vertreten, dass auch entlastende Folterbeweise nicht zulässig sind,³³ weil die Folter in ihrer Art so eine Verletzung der Rechte des Betroffenen darstellt, die in einem fairen Verfahren nicht akzeptiert werden kann.

Der EGMR macht ferner klar, dass auch Folterbeweise von Privatpersonen keinen Platz im Beweisverfahren haben können, da es nicht auf die Herkunft des Beweises ankommt, sondern darauf ob die Verletzung so schwerwiegend ist, dass sie das staatliche Interesse an der Beweisverwertung aufwiegt und das Verfahren unfair macht.

2. Unschuldsvermutung – Art. 6 Abs. 2 EMRK

Die Vorschrift über das faire Verfahren beinhaltet keine Regelung über die Zulässigkeit von Beweismitteln. Die diesbezügliche Rechtsprechung fußt vielmehr oft auf dem Unschuldsvermutungsgrundsatz.

31 EGMR 10862/84 Schenk v. Schweiz – 12. Juli 1988.

32 EGMR Nr. 36549/03 – Urteil der 3. Kammer vom 28. Juni 2007 (Harutyunyan v. Armenien).

33 *Ambos* (Fn. 16), StV 2009, 151, 157.

Nach dem Urteil *Schenk*³⁴ kann ein Beweis zum Nachteil des Beschuldigten gemäß der EMRK verwertet werden, wenn die Rechte der Verteidigung gewährleistet sind, das Strafgericht eine Vielzahl von Beweisen bei seiner Überzeugungsbildung berücksichtigt und die Verurteilung nicht allein auf der Verwertung eines rechtswidrig erlangten Beweises beruht. Indes stellt die Verwertung eines rechtswidrig erlangten Beweises dann *keinen Verstoß* gegen die Unschuldsumutung dar, weil das in Art. 6 Abs. 2 enthaltene Prinzip, das jede Person bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig gilt, es lediglich verbietet, den Beschuldigten vor seiner Verurteilung als schuldig zu behandeln.

„Die Garantien der EMRK liefern [damit] alles in allem relativ konkrete Vorgaben für die Erhebung von Beweisen;³⁵ die Nichteinhaltung dieser Standards führt daher regelmäßig zu einem strafprozessualen Beweiserhebungsverbot. (...) Der EMRK lässt sich [aber] kein abgeschlossener Katalog zulässiger Beweismittel entnehmen.“³⁶ Auch wenn der EGMR einen Konventionsverstoß mit Blick auf ein Beweisverbot feststellt, entscheidet der Staat selbst, was für eine Rechtsfolge er dieser Tatsache einräumt.

3. Zwischenbilanz

Die Rechtsprechung des EGMR folgt also der Doktrin (ieS) nicht, die Rechtswidrigkeit eines Beweises bzw. eines abgeleiteten Beweises wird aufgrund des Gebotes des fairen Verfahrens beurteilt. Ob sich infolge der Verletzung der Konventionsrechte bei der Erhebung von Beweismitteln ein Verwertungsverbot für die gewonnenen Beweise gemäß Art. 6 EMRK ergibt, hängt also von einer *Gesamtbetrachtung* ab, in der insbesondere die Natur des begangenen Konventionsverstosses maßgeblich ist.³⁷ Werden etwa während der Beweiserhebung Art. 8 (Privatsphäre) und Art. 10 (Freie Meinungsäußerung) EMRK verletzt, die selber auch den Verweis auf die Einhaltung von innerstaatlichen Vorschriften beinhalten, entsteht ein klarer Konventionsverstoß. Werden etwa die eigenen nationalstaatlichen Vorschriften nicht verletzt, *kann* dennoch eine Konventionsverletzung vorliegen.³⁸ Allein bei der Folter werden die sonstigen Umstände nicht abgewogen, das Verbot ist absolut.

34 EGMR 10862/84 *Schenk v. Schweiz* – 12. Juli 1988.

35 Strafprozessuale Gesetzmäßigkeitsprinzip, d.h. das Erfordernis einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage für Eingriffe in das Eigentum oder andere geschützte Rechte; Verhältnismäßigkeit; Behandlungs- Vernehmungsverbot, Verteidigungsrechte.

36 *Esser, Robert*, Mindestanforderungen der EMRK an den strafprozessualen Beweis. In: Bausteine eines europäischen Beweisrechts. Hrsg. Marauhn, Thilo, Tübingen 2007, S. 39-63, S. 44.

37 EGMR Nr. 36549/03 – Urteil der 3. Kammer vom 28. Juni 2007 (*Harutyunyan v. Armenien*).

38 *Esser* (Fn. 36) S. 56-57.

*VI. Zwischenstaatlicher / supranationaler Kontext II. – Europäische Union**1. Europäische Strafrechtswissenschaft**a) Corpus Juris Europae (1998, 2000)*

Ansätze für eine europäische Beweislehre können im *Corpus Juris* Projekt gefunden werden, wo für eine einheitliche Bekämpfung der Straftaten gegen die finanziellen Interessen der EU konkrete (einheitliche) Beweiserhebungsregeln und Verbote festgelegt wurden – im Ergebnis in einer verträglichen Mischung, in einem erträglichen Kompromiss von anglosächsischen und kontinental-europäischen Beweisverständnissen. Zwar wurde der *Corpus Juris* nie zum Gesetz, jedoch kann man schon heute sehen, dass die einzelnen Elemente dieses Projektes oft in der europäischen Gesetzgebung auftauchen und so das Europarecht prägen und EU-Recht werden (Europäischer Haftbefehl, Europäische Beweisordnung, Europäischer Staatsanwalt im Vertrag von Lissabon). Der *Corpus Juris* gilt damit als ein *Ideen-Pool* für die strafrechtliche Integration in Europa.

Artikel 33 CJ schreibt die Beweisverbote vor. Folgend aus Art. 33 CJ kann ein horizontaler und ein vertikaler Anwendungsbereich erfasst werden. *Horizontal* gilt das Beweisverbot, wenn die Beweisproblematik zwischen zwei Mitgliedstaaten besteht, wenn also der beweiserhebende Staat nicht zugleich der beweisverwertende Staat ist. Bei einem horizontalen Verbrauch von Beweisen – also bei einem Beweistransfer zwischen Mitgliedstaaten – könnte ein Ausschluss aus drei Gründen erfolgen: wegen der Verletzung des nationalen Rechts des beweiserhebenden Staates *oder* der Verletzung der Vorschriften der EMRK *oder* der Verletzung einer konkreten Beweiserhebungsregel des *Corpus Juris während der Erlangung des Beweises*. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, dass der beweisverwertende Staat den Beweis nicht nach seinen eigenen Beweiserhebungsvorschriften beurteilt, sondern die Vorschriften des beweiserhebenden Staates akzeptiert. Dem steht aber nicht entgegen, dass der beweisverwertende Staat solche Beweise aufgrund eines *Beweisverwertungsverbot*es ausschließt.

Eine *vertikale* Geltung erhält das Beweisverbot des Art. 33 CJ, wenn die Erhebung und Verwendung des Beweises keinen zwischenstaatlichen Bezug aufweist. So legt der *Corpus Juris* formale und materielle Voraussetzungen für einen Ausschluss fest: Formale Voraussetzung sind eine Verletzung der EMRK oder die Verletzung der konkreten Beweiserhebungsregel des *Corpus Juris*. Die Verletzung nationalen Rechts bedeutet indes allein noch keinen Grund zum Ausschluss. Ein solcher liegt erst vor, wenn – auch – die europäischen Regeln verletzt wurden. Materielle Voraussetzung ist es zusätzlich jedoch, dass auch der Grundsatz des fairen Verfahrens beeinträchtigt werden muss. Dem Richter wird damit praktisch ein breiter Ermessensspielraum eingeräumt.

b) *Auf der Suche nach Standards*

Es ist nun die Aufgabe der europäischen Strafrechtswissenschaft, dem Gesetzgeber solche Standards und Garantien zu bieten, die alle Mitgliedsstaaten binden, und die geeignet sind, dem Beweistransfer eine menschenrechtliche Grundlage zu geben.³⁹

2. *Europäische Gesetzgebung*

a) *Grundverträge*

Beweiserhebungs- bzw. Verwertungsverbote gehören nicht *per se* zum Regelungsmaterial der Europäischen Union. Allerdings bietet sich im Rahmen von Maßnahmen der sog. „Dritten Säule“ die Möglichkeit, unter dem Schirm der strafrechtlichen Zusammenarbeit einen Ansatzpunkt zu finden. So ist hier auf Art. 29 und 31 c) EUV hinzuweisen, der die Harmonisierung oder Vereinheitlichung von relevanten Vorschriften ermöglicht, da hier auch prozessuale Vorschriften Gegenstand der Vereinheitlichung im Rahmen einer effektiveren Zusammenarbeit zwischen Mitgliedstaaten bzw. ihren Behörden sein können.

b) *Charta der Grundrechte*

In der Charta der Grundrechte findet sich weiter in der Formulierung der Unschuldsvermutung eine relevante Vorschrift: Jede angeklagte Person gilt danach bis zum *rechtsförmlich erbrachten* Beweis ihrer Schuld als unschuldig (Art. 48 Abs. 1). Gemäß Art. 52 Abs. 3 der Charta hat dieses Recht dieselbe Bedeutung und dieselbe Tragweite wie die durch die EMRK garantierte Unschuldsvermutung. Allerdings muss man betonen, dass in der EMRK „gesetzlich erlangten“ Beweis die Rede ist, und nicht „rechtsförmig erbrachten“.

Art. 4 der Charta schreibt ein Folterverbot vor. In dem Abschnitt über die „justiziellen Rechte“ (Art. 47-50) ist weiter das Recht auf ein faires Verfahren festgelegt (Art. 47). Jeder der Begehung einer Straftat bezichtigten Person wird die Achtung ihrer Verteidigungsrechte gewährleistet (Art. 48). In der Charta festgeschrieben sind ferner die Unschuldsvermutung, das Gesetzlichkeitsprinzip sowie die zu achtende Verhältnismäßigkeit zwischen Straftat und Strafe. Darüber hinaus wird der Grundsatz *ne bis in idem* auf die gesamte Europäische Union ausgedehnt.

Soweit die Charta Rechte enthält, die den durch die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten garantierten Rechten

39 So z.B. *Radtke, Henning*, Der Europäische Staatsanwalt – Ein Modell für Strafverfolgung in Europa mit Zukunft?, GA 2004, S. 1-21.

entsprechen, haben die Rechte der Charta die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der genannten Konvention verliehen wird. Dieser Bestimmung steht nicht entgegen, dass Art. 52 Abs. 3 der Charta dem Recht der Union einen weitergehenden Schutz gewährt.

c) *Übereinkommen über die gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen (2000)*⁴⁰

Dieses Übereinkommen zielt darauf ab, die Zusammenarbeit zwischen Justiz-, Polizei- und Zollbehörden in der EU sowie mit Norwegen und Island zu unterstützen und zu modernisieren, indem es bestehende Rechtsinstrumente durch zusätzliche Vorschriften ergänzt und ihre Anwendung erleichtert. Der Staat, bei dem ein Rechtshilfeersuchen eingeht, muss prinzipiell *die vom ersuchenden Staat vorgegebenen Formalitäten und Verfahren* einhalten (*forum regit actum*). Grenzen sind hier lediglich die Grundprinzipien des Rechts des ersuchten Mitgliedstaates. Wenn die Ahndung von Straftaten und Zuwiderhandlungen gegen Ordnungsvorschriften in die Zuständigkeit der das Ersuchen empfangenden Behörde fällt, können die Mitgliedstaaten spontan, d. h. ohne vorherigen Antrag, diesbezügliche Informationen austauschen. Das Übereinkommen ergänzt die existierenden Instrumente, indem es die Verfahren erleichtert und eine Anpassung an die technologischen Veränderungen vollzieht.

d) *Grünbuch der Kommission über den Schutz der EG-Finanzinteressen (2001)*

Im Vorschlag des sog. *Grünbuches* der Kommission wird ein spezielles gemeinschaftliches Ermittlungsverfahren für die Ermittlung bestimmter Straftaten gegen europäische Rechtsgüter (Betrug, Bestechung und Bestechlichkeit, Geldwäsche usw.) festgelegt, das durch den Europäischen Staatsanwalt geleitet und koordiniert wird. Mit dem Grünbuch wird aber nicht die Schaffung eines kompletten europäischen Justizsystems vorgeschlagen. Nur Teilbereiche würden europäisiert, um die Verfolgung von Straftaten gegen die finanziellen Interessen der Gemeinschaften effizienter zu gestalten. Konkrete Ermittlungsmaßnahmen würden vom Europäischen Staatsanwalt durchgeführt, und die von ihm erhobenen Beweismittel müssten in allen Mitgliedstaaten zugelassen werden. Die gegenseitige Anerkennung würde auch für Zwangsmaßnahmen gelten, da diese weiterhin unter Kontrolle nationaler Richter angeordnet werden könnten.

40 Übereinkommen gemäß Artikel 34 des Vertrags über die Europäische Union – vom Rat erstellt – über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union – Erklärung des Rates zu Artikel 10 Absatz 9 – Erklärung des Vereinigten Königreichs zu Artikel 20; Amtsblatt Nr. C 197 vom 12/07/2000 S. 0003 – 0023.

Bezüglich der Beweiserhebung als Ermittlungsmaßnahme stellte sich dann die Frage, welche Vorschriften dabei einzuhalten wären. Das Grünbuch setzt die Angleichung in Form umfassender eigener Beweisregeln nicht voraus, und stellt sich gleichermaßen gegen den einfachen Verweis auf etwa staatliche Vorschriften. So wird bei der Beweiserhebung mit gegenseitiger Anerkennung operiert, d. h. die gegenseitige Zulassung von Beweisen würde die realistischste und zufriedenstellendste Lösung für diesen Fall darstellen. Demgemäß wäre jedes nationale Gericht, das mit einem Strafverfahren befasst wird, dem eine Beeinträchtigung der finanziellen Interessen der Gemeinschaften zugrunde liegt, verpflichtet, jedes Beweismittel zuzulassen, das nach dem nationalen Recht eines anderen Mitgliedstaats rechtmäßig erhoben wurde. Die verbleibenden Beweisverwertungsverbote würden sich dann nach dem Recht des Mitgliedstaats richten, welcher die Beweiserhebung durchgeführt hat. Jedes für den Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaften zuständige nationale Gericht würde damit die Beweisregeln der anderen beteiligten Mitgliedstaaten anwenden. Diese Situation gibt es bereits im Internationalen Privatrecht. Auch die Kommission folgt dieser Konzeption konsequent. In der Verordnung 1073/1999 wurde bereits festgelegt, dass Beweise, die vom OLAF (Europäisches Amt für Betrugsbekämpfung) erhoben wurden, in nationalen Strafverfahren zu verwerten sind.

e) Rahmenbeschlussvorschlag über bestimmte Verfahrensrechte in Strafverfahren innerhalb der EU (2004)⁴¹

Dieser Vorschlag bildet nun einen wichtigen Meilenstein im Rahmen des einheitlichen Rechtsraumes als Zielsetzung der Europäischen Union. Allerdings zeigen die bereits verstrichenen fünf Jahre, die seit der Vorlegung des Entwurfes und ohne seine Verabschiedung vergangen sind, dass dieser Meilenstein doch nicht für alle wichtig ist. In der Beratungsphase zeigte sich vielmehr ein Widerstand mehrerer Delegationen gegen ein solches Instrument (Verbindlichkeit, zu breit oder zu eng ist der Kreis der Rechte usw. als Rügen). Daher scheint die Verabschiedung des Rahmenbeschlusses noch immer eher illusorisch. Allerdings zeigt die Idee selbst, dass ein bestimmter Anspruch diesbezüglich schon existiert. Der aktuelle Text des Rahmenbeschlusses zu bestimmten Verfahrensrechten⁴² im Strafverfahren schreibt Mindeststandards fest, die in allen Mitgliedstaaten zu gelten haben. Dieser Regelungsansatz gehört zu unserer Thematik, da die Verletzung von Verfahrensrechten oft zu einem Beweisverbot

41 KOM(2004) 328, 28.4.2004.

42 Recht auf Information, Recht auf Verteidigung, Recht auf einen Dolmetscher und die Übersetzung von Dokumenten, Recht auf Kontaktierung u.a. konsularischer Behörden bei ausländischen Verdächtigen, Sicherstellung, dass Personen, die das Verfahren nicht verstehen oder ihm nicht folgen können, entsprechende Aufmerksamkeit erhalten.

führt. Zwar stehen diese Verfahrensrechte nicht in direktem Zusammenhang mit der faktischen Beweiserlangung, deren Einschränkung die Beeinträchtigung des fairen Verfahrens (England), eine wesentliche Verletzung (Ungarn) oder eine Verletzung von Grundrechten (Deutschland, Spanien) verkörpern kann.

Daraus folgend beinhaltet der Rahmenbeschlussvorschlag über Verfahrensrechte in Strafverfahren innerhalb der EU einige Mosaiksteine der Beweislehre. Im Vorschlag wurden keine „Sanktionen“ für eine Verletzung der „harmonisierten“ Rechte vorgesehen. Somit hätte jeder Mitgliedstaat nach seinem Prozessrecht entscheiden können, mit welchen Rechtsfolgen im Strafverfahren er eine Verletzung verbinden würde. So aber entfielen meines Erachtens eine wichtige Zielsetzung der gewünschten Regelung, nämlich die einheitliche Garantie. Ohne einheitliche („harmonisierte“) Rechtsfolgen verbliebe von der innovativen Rechtsvereinheitlichung nur eine Regelung, die eigentlich kaum etwas nützt.

f) Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisordnung⁴³ (2008)

Im Themenkreis der Beweislehre kommt die „neue Frucht“ der europäischen Strafrechtsintegration zu grundlegender Bedeutung. Die zentrale Idee des Rahmenbeschlusses über die Europäische Beweisordnung (EBA) ist die gut bekannte Idee der gegenseitigen Anerkennung, welche dem Prinzip der strafrechtlichen Integration im Allgemeinen zugrunde liegt. Die gegenseitige Anerkennung bedeutet hier einerseits, dass die beiderseitige Strafbarkeit nicht zu prüfen ist (also die Strafbarkeit im anderen Mitgliedstaat wird anerkannt), und andererseits, dass der in einem Mitgliedstaat erhobene Beweis als solches (also als Beweismittel) in einem anderen Staat *ohne Weiteres* zu verwenden ist. Das Prinzip dient der Erleichterung (oft sogar der Ermöglichung) einer unmittelbaren Zusammenarbeit der mitgliedstaatlichen Justizbehörden.

Der einmal in Kraft gesetzte Rahmenbeschluss, wenn die Mitgliedstaaten die erforderlichen innerstaatlichen Rechtsvorschriften erlassen, wird ein System erlauben, indem ein Beweis, der in einem laufendem Verfahren notwendig ist und sich in einem anderen Mitgliedstaat befindet, von der Justizbehörde des einen Staates (Verfahrensstaat/ Anordnungsstaat) bei der Justizbehörde des anderen Mitgliedstaates ersucht werden kann (Vollstreckungsstaat), um den Beweis zu sichern bzw. bereitzustellen. Dabei kann die Europäische Beweisordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und von Daten zur Verwendung in Strafsachen, für die die Europäische Beweisordnung ausgestellt

43 Rahmenbeschluss 2008/978/JI DES RATES vom 18. Dezember 2008 über die Europäische Beweisordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafsachen. Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet bis zum 19. Januar 2011 den Rahmenbeschluss zu ratifizieren.

werden kann, verwendet werden. Hierzu können beispielsweise *bereits erlangte* Sachen, Schriftstücke oder Daten gehören, die von Dritten bereitgestellt wurden oder die aus einer Durchsuchung von Räumen einschließlich der Privaträume des Verdächtigen stammen).⁴⁴

Die Anordnung muss also notwendig und auch verhältnismäßig⁴⁵ sein und es muss noch eine innerstaatliche Vergleichbarkeit⁴⁶ als eine Art Zumutbarkeit⁴⁷ gegeben sein.

Im durch die EBA aufgestellten System kann die ersuchende Behörde verlangen, dass die Vollstreckungsbehörde ihre Verfahrensregel, also das Recht des ersuchenden Staates (Anordnungsstaat) anwendet, oder wenn dies nicht *expressis verbis* verlangt wird, gelten weiterhin die Vorschriften des ersuchten Staates.

Die ersuchte Behörde ist nach der EBA verpflichtet, den Beweis bereitzustellen, und muss sogar – wenn dies in der EBA verlangt wird – die Formvorschriften bzw. Verfahrensregeln des ersuchenden Staates dabei einhalten. Hiermit wird das sog. *forum regit actum*⁴⁸ Prinzip zur Geltung gebracht und kommt neben dem traditionellen *locus regit actum*⁴⁹ Prinzip zur Anwendung. Die Vollstreckungsbehörde kann sich bei der Anwendung fremden Rechts nur dann weigern, wenn die Vorschriften des anderen Rechts die *wesentlichen* Rechtsgrundsätze des Vollstreckungsstaates verletzen. Wenn der Mitgliedstaat aber die Anwendung seiner Vorschriften nicht verlangt, kann sich auf das Beweiserhebungsverbot später nicht berufen werden. Allerdings ist es fraglich, wie ein Staat die Anwendung seiner Vorschriften verlangen kann, wenn er mittels der Europäischen Beweisordnung nur um solche Beweise ersuchen kann, die bereits – also vor seinem Ersuchen – existierten. Die Frage ist mithin, ob und wo überhaupt Platz für die anderen Verfahrensregeln verbleibt. Andererseits

44 Weiter gehören hierin historische Daten aus der Inanspruchnahme von Dienstleistungen einschließlich Finanzgeschäften, historische Protokolle von Aussagen, Vernehmungen und Anhörungen sowie andere Unterlagen einschließlich der Ergebnisse spezieller Ermittlungsmethoden.

45 Eine Europäische Beweisordnung sollte nur dann erlassen werden, wenn die Erlangung der angeforderten Sachen, Schriftstücke oder Daten für das betreffende Strafverfahren oder sonstige betroffene Verfahren notwendig ist und zu diesem Zweck in einem angemessenen Verhältnis steht.

46 Außerdem sollte eine Europäische Beweisordnung nur dann erlassen werden, wenn die betreffenden Sachen, Schriftstücke oder Daten nach dem nationalen Recht des Anordnungsstaats in einem vergleichbaren Fall erlangt werden könnten.

47 Art. 7 Punkt b) Jeder Mitgliedstaat trifft die erforderlichen Maßnahmen um sicherzustellen, dass die Europäische Beweisordnung nur erlassen wird, wenn sich die Anordnungsbehörde vergewissert hat, dass folgende Voraussetzungen erfüllt sind: Die Sachen, Schriftstücke oder Daten könnten, wären sie im Hoheitsgebiet des Anordnungsstaats verfügbar, nach dem Recht des Anordnungsstaats in einem vergleichbaren Verfahren erlangt werden, auch wenn gegebenenfalls andere prozessuale Maßnahmen Anwendung fänden.

48 *Forum regit actum* bedeutet hier, dass die Beweiserhebung im Ausland nach Maßgabe des eigenen, des ersuchenden Staates erfolgt.

49 *Locus regit actum* Prinzip erlaubt, dass die Beweiserhebung im Ausland nach den Vorschriften des vollschreckenden (des ersuchten) Staates erfolgt.

sollte erwähnt werden, dass gerade das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung bzw. gegenseitigen Vertrauens keine Verstärkung des *forum regit actum* Grundsatzes verlangt.

Die EBA ist natürlich nicht frei von Mäkeln. Die Kritik⁵⁰ mit Blick auf Fragestellungen wie Definitionsdefizite,⁵¹ die Scheinbarkeit der gegenseitigen Anerkennung in der Praxis oder zu breite Verweigerungsmöglichkeiten⁵² kann hier leider nicht vertieft werden. Wichtig ist aber, dass sie auch bedeutsamen Mehrwert zur „europäischen Beweislehre“ mitbringt, nämlich *die widerlegliche Vermutung der Rechtmäßigkeit und der Berücksichtigung der Menschenrechte*.

Die Verwendung eines Beweises aus einem anderen Staat muss in vielen Mitgliedstaaten voraussetzen, dass die Beweisaufnahmeregelungen der zwei Staaten übereinstimmen, sonst kann ein Beweis als rechtswidrig eingestuft und somit allein aufgrund der fremden Herkunft ausgeschlossen werden. Die EBA aber bringt einen neuen Ansatz in die Beweislehre und schafft eine Situation, in der solcherart Rügen ihre Grundlage verlieren: ein in einem Mitgliedstaat rechtmäßig erworbener Beweis gilt auch in einem andern Mitgliedstaat als rechtmäßig. Diese Vermutung der Rechtmäßigkeit gilt aber als widerleglich.

Wenn der Richter des Mitgliedstaates (Verfahrensstaat/Anordnungsstaat) später zweifelt, ob der in anderem Mitgliedstaat (Vollstreckungsstaat) erlangte Beweis doch rechtswidrig erworben ist, kann er ihn ohne weiteres vom Verfahren ausschließen. Evident ist darüber hinaus, dass eine Beweiserhebung bzw. ein erlangter Beweis dann als rechtswidrig im Zusammenhang mit dem Recht des anderen Mitgliedstaates gilt, wenn die Beweisaufnahme selbst die Vorschriften des anderen Mitgliedstaates verletzt. Dieser Ausschlussgrund wäre gemäß dem Europarecht auch erlaubt. Inwiefern aber ein Richter die Verletzung fremder Beweisregeln anhand eines Dokuments oder einer Sache (des Beweismittels selbst) beurteilen können soll, ist sowohl formell als auch inhaltlich fraglich.

Sicherlich etwas einfacher zu beurteilen aber immer noch relevant ist die eventuelle Beschränkung menschenrechtlicher Garantien. Solche kann der fremde Richter, als Richter eines anderen Mitgliedstaates, doch beurteilen.

50 Siehe Hecker, Bernd, Die Europäische Beweisanordnung, in: Bausteine eines europäischen Beweisrechts. Hrsg. Maruhn, Thilo, Tübingen 2007, S. 27-37, S. 36; Gless, Sabine, Die „Verkehrsfähigkeit von Beweisen“ im Strafverfahren, ZStW 115 (2003), S. 131-150; Belfiore, Rosanna, Movement of Evidence in the EU: The Present Scenario and Possible Future Developments, European Journal of Crime, Criminal Justice 17 (2009), S. 1-22.

51 Künftig müssen die übrigen 24 EU-Staaten bei 32 Delikten Beweismaterial ohne weitere Überprüfung der Vorwürfe sichern und an die Ermittlungsbehörden in andere EU-Länder weitergeben. Deutschland hingegen darf bei sechs Delikten – darunter auch Terrorismus – wie bisher zunächst prüfen, ob die Vorwürfe auch nach deutschem Recht strafbar wären. (Zu dieser Erklärung kam es wegen der fehlenden Bestimmtheit.).

52 Natürlich wurde nicht festgesetzt, welche die wesentlichen Rechtsgrundsätze sind, so dass – meines Erachtens – die Mitgliedstaaten, wenn sie der EBA nicht nachgehen wollen, in jedem Fall einen wesentlichen Rechtsgrundsatz finden könnten. Klar ist aber auch, dass man nur mit solchen Klauseln doch Einstimmigkeit im Rat erreichen konnte.

Dann aber entsteht eine Situation, in der die Strafrichter der Mitgliedstaaten bei Inanspruchnahme der EBA *gegenseitige Menschenrechtskontrolle* ausüben könnten, ja sollten? Wo sind aber dann die Grenzen des gegenseitigen Vertrauens und der gegenseitigen Anerkennung zu ziehen? Die Regeln des anderen Mitgliedstaates werden anerkannt ebenso wie die Verfahrensakte und die mit der Beweisaufnahme zusammenhängenden Beschlüsse. Besser gesagt, es wird deren Rechtmäßigkeit anerkannt. Wenn aber bei der Verwendung Zweifel bezüglich der Rechtmäßigkeit der erhobenen bzw. erlangten Beweise bestehen, muss der innerstaatliche Richter in der Lage sein, den Beweis auszuschließen. So wird es nicht verboten, bereits erhaltene Beweise doch nicht zu verwenden. Wichtig ist dabei aber, dass der Richter des verwendenden Staates (Verfahrensstaat/Antragsstaat/Anordnungsstaat) die Beachtung menschenrechtlicher Standards im Vollstreckungsstaat vermuten muss, solange kein anderes Indiz dagegen vorliegt.

Die Frage ist also nun, ob sich die Mitgliedstaaten diesen Mehrwert zu Nutze machen und die verschiedenen Beweisregelungen tatsächlich anerkennen werden.

g) *Standards der EGMR*

Es stellt sich schließlich die Frage, ob die Garantien der EMRK bzw. die Erkenntnisse aus der Rechtsprechung des EGMR zu den Beweisverboten auch in der europäischen Beweislehre maßgebend sein könnten. Wie können die Standards der EGMR für Beweise, die im *Ausland* erhoben wurden, angewendet werden? Wie *Robert Esser* betont, stehen „die Garantien der EMRK – namentlich die Verfahrensfairness – ... einer Beweiserhebung im Ausland nicht entgegen, schon deshalb nicht, weil die Garantien und Standards der Konvention europaweit gelten und von jedem Vertragsstaat zu gewährleisten sind. Der Grundsatz, dass die Beweiserhebung in Gegenwart des Beschuldigten, in öffentlicher Verhandlung und im Rahmen eines kontradiktorischen Verfahrens zu erfolgen hat, setzt allerdings kommissarischen Zeugenvernehmungen im Ausland Grenzen, da diese Art der Beweisgewinnung hinter einer unmittelbaren, kontradiktorischen Beweisaufnahme innerhalb der Hauptverhandlung mit Hilfe einer Videokonferenz, auch im Hinblick auf die möglichst effektive Gewährleistung der Verteidigungsrechte, zurückzutreten hat.“⁵³

53 *Esser* S. 63.

<i>Zusammenfassung der erwähnten Rechtsinstrumente und Vorschläge zu den Beweisregeln bzw. Beweisverboten</i>	
Corpus Juris (1998, 2000)	<i>Beweisregel: Eigene (europäische) Verfahrensregel / Vorschriften des ersuchten Staates (locus regit actum LRA) Beweisverbot: FESTSTELLUNG des eigenen (europäischen) Beweisverbotes</i>
Übereinkommen über die gegenseitige Rechtshilfe (2000)	<i>Beweisregel: Vorschriften des ersuchenden Staates (forum regit actum FRA) / Voraussetzung eines vergleichbaren innerstaatlichen Falles Beweisverbot: europäisches Verbot nicht nötig; Verbote des ersuchenden Mitgliedstaates gelten</i>
Grünbuch zu Finanzinteressen der EG (2001)	<i>Beweisregel: Vorschriften des erhebenden Staates (LRA) Beweisverbot: europäisches Verbot nicht nötig; Verbote des erhebenden Mitgliedstaates gelten</i>
RB-Entwurf über bestimmte Verfahrensrechte (2004)	<i>Beweisregel: Eigene (europäische) Verfahrensregel Beweisverbot: Fehlt, wäre nötig (Lösungen: Ausschluss des Beweises, Einverständnis, Wiederholung usw.), weiterhin mitgliedstaatliches Recht</i>
RB über die Europäische Beweisverordnung (2008)	<i>A) Beweisregel: Vorschriften des ersuchten Staates (LRA) Beweisverbot: AUSSCHLUSS eines MS-Beweisverbotes B) Beweisregel: Vorschriften des ersuchenden Staates (FRA) Beweisverbot: Verbote des ersuchenden Mitgliedstaates gelten</i>