

Max-Planck-Institut  
für ausländisches und internationales Strafrecht  
Freiburg im Breisgau

Max-Planck-Institut  
für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht  
Heidelberg

Sabine Gleß/Rainer Grote/Günter Heine

# Justitielle Einbindung und Kontrolle von Europol

Kurzvorstellung der Ergebnisse eines rechts-  
vergleichenden Gutachtens im Auftrag des  
Bundesministeriums der Justiz





## **I. Einleitung**

Die polizeiliche Kooperation zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union hat seit der Einfügung des Titels über die Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres (der "Dritten Säule" der Union) und der Schaffung des Europäischen Polizeiamtes (Europol) durch das Übereinkommen vom 18. September 1995 kontinuierlich an Bedeutung gewonnen. Art. 30 Abs. 2 des EU-Vertrags in der Fassung des Amsterdamer Vertrags sieht den Ausbau der polizeilichen Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten durch das Europäische Polizeiamt vor und zieht zu diesem Zweck eine Reihe konkreter Maßnahmen in Betracht, die innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren nach Inkrafttreten des Vertrags verwirklicht werden sollen. Vorgesehen ist unter anderem, daß der Rat Europol die Möglichkeit einräumt, die Vorbereitung spezifischer Ermittlungsmaßnahmen der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten, einschließlich operativer Aktionen gemeinsamer Teams mit Vertretern von Europol in unterstützender Funktion, zu erleichtern und zu unterstützen und die Koordinierung und Durchführung solcher Ermittlungsmaßnahmen zu fördern (Art. 30 Abs. 2 lit. a). Darüber hinaus soll der Rat Maßnahmen festlegen, die es Europol ermöglichen, sich an die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten mit dem Ersuchen zu wenden, Ermittlungen in speziellen Fällen vorzunehmen und zu koordinieren (Art. 30 Abs. 2 lit. b).

Auf dem Gipfel von Tampere im Oktober 1999 hat der Europäische Rat die auf der Grundlage der zitierten Bestimmungen "in der nahen Zukunft" angestrebte Verstärkung der Rolle von Europol bei der Kriminalitätsbekämpfung präzisiert. Danach soll Europol operative Daten von den Mitgliedstaaten erhalten und ermächtigt werden, die Mitgliedstaaten um die Einleitung, Durchführung oder Koordinierung von Ermittlungen oder um die Einsetzung gemeinsamer Ermittlungsteams in bestimmten Deliktsbereichen zu ersuchen, wobei die Systeme der gerichtlichen Kontrolle in den Mitgliedstaaten zu beachten sind. Damit sind die Grundlinien für die weitere Entwicklung von Europol vorgezeichnet: Über die in der Europol-Konvention vorgesehenen Aufgaben der Datensammlung und -analyse hinaus soll das Europäische Polizeiamt in den Grenzen seiner Zuständigkeit zunehmend in die konkrete Ermittlungsarbeit der Polizeibehörden in den Mitgliedstaaten einbezogen werden.

Mit der angestrebten Intensivierung der polizeilichen Zusammenarbeit im Bereich der Europäischen Union stellt sich allerdings die Frage, ob die bisher existierenden Regelungen für die justitielle Einbindung von Europol ausreichen. Die in der Europol-Konvention vorgesehenen Kontrollinstrumente sind auf einen polizeilichen Informationsverbund zwischen den Mitgliedstaaten, nicht jedoch auf zentrale europäische Ermittlungseinrichtungen mit eigenen exekutiven Befugnissen zugeschnitten. Entwickelt sich aber Europol zu einer europaweit mit eigenen Be-

amten operierenden Ermittlungsbehörde, so müssen auch die rechtlichen Kontrollstandards entsprechend angepaßt werden.

Die vom Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht gemeinsam mit dem Heidelberger Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht durchgeführte rechtsvergleichende Studie will für diese Diskussion eine Grundlage bieten. Die Untersuchung analysiert die sich aus der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) ergebenden allgemeinen Anforderungen an die Durchführung grundrechtsrelevanter polizeilicher Ermittlungs- und Strafverfolgungsmaßnahmen, die im Hinblick auf die weitere Entwicklung von Bedeutung sein könnten (unten II.). Sie widmet sich eingehend den in ausgewählten nationalen Rechtsordnungen verwirklichten Mechanismen zur justitiellen Einbindung und Kontrolle strafrechtlicher Ermittlungen (unten III.1). Dabei ergibt sich das Problem, daß sich die polizeiliche Verbrechensbekämpfung immer weniger auf die Durchführung strafrechtlicher Ermittlungen im engeren Sinne begrenzen läßt, sondern - gestützt auf entsprechende präventiv-polizeiliche Ermächtigungsgrundlagen - zunehmend auch Beobachtungs- und Überwachungsmaßnahmen im Vorfeld von Strafverfahren als Instrument insbesondere im Kampf gegen die organisierte Kriminalität nutzt. Daher werden auch die in den ausgewählten Mitgliedstaaten bestehenden Regelungen für die Durchführung präventiv-polizeilicher Ermittlungs- und Überwachungsmaßnahmen, vor allem im Hinblick auf die sich aus den einschlägigen Grundrechten ergebenden Anforderungen an die Zulässigkeit polizeilicher Informationseingriffe, in die Untersuchung mit einbezogen (unten III.2). Für den rechtsvergleichenden Teil der Studie wurden die Bundesrepublik Deutschland, Dänemark, Frankreich, Italien, die Niederlande, Österreich und das Vereinigte Königreich als repräsentativ für die gegenwärtig im Rahmen der Europäischen Union vertretenen "Rechtsfamilien" ausgewählt.

Die Einrichtung einer mit eigenen Ermittlungsbefugnissen ausgestatteten Behörde auf der europäischen Ebene ist nicht ohne Vorbild im Gemeinschaftsrecht. So verfügt die Europäische Kommission im Wettbewerbsrecht in begrenztem Umfang über eigene Nachforschungs- und Prüfungsbefugnisse. Darüber hinaus ist im Jahr 1999 im Rahmen der Gemeinschaften ein Europäisches Amt für Betrugsbekämpfung (OLAF) geschaffen worden, das für Ermittlungen im Zusammenhang mit rechtswidrigen Handlungen zum Nachteil der finanziellen Interessen der Gemeinschaften sowohl innerhalb der Gemeinschaftsorgane als auch in den Mitgliedstaaten zuständig ist und gegenüber den Gemeinschaftsorganen über erhebliche Exekutivbefugnisse bis hin zu eigenen Durchsuchungs- und Beschlagnahmerechten verfügt. Mit dem Entwurf eines *Corpus Juris* ist ferner erstmals der Versuch unternommen worden, ein gesamteuropäisches Straf- und Strafverfahrensrecht mit dem Ziel eines europaweit einheitlichen Schutzes der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaft zu schaffen. Schließlich verdient in diesem Zusammenhang auch das bereits bestehende System der justitiellen Einbindung und Kon-

trolle grenzüberschreitender Ermittlungen auf der Grundlage der Schengener Übereinkommen Erwähnung. Angesichts dieser sehr verschiedenartigen Formen exekutivischer Ermittlungstätigkeit im Bereich der Europäischen Union erscheint es notwendig, der Kontrolle gemeinschaftsrechtlicher und grenzüberschreitender Ermittlungen im Recht der Europäischen Union ein eigenes Kapitel zu widmen (unten IV.).

Auf der Grundlage der Analyse einschlägiger Kontrollsysteme in den nationalen Rechtsordnungen und im Recht der Europäischen Union werden schließlich erste Überlegungen zu möglichen Modellen der rechtsstaatlichen Einbindung und Kontrolle eines mit eigenen Ermittlungskompetenzen ausgestatteten Europäischen Polizeiamtes entwickelt (unten V.).

## **II. Anforderungen der EMRK an die rechtsstaatliche Ausgestaltung der polizeilichen Ermittlungstätigkeit**

Die Europol-Konvention beruht ebenso wie zukünftige Änderungen der Konvention auf der Wahrnehmung einer im EU-Vertrag vorgesehenen Kompetenz und ist daher an den Maßstäben der EMRK zu messen (Art. F Abs. 2 und Art. K.2 EUV a.F.; Art. 6 Abs. 2 EUV n.F.). Dies gilt auch für die künftige Übertragung weiterer Befugnisse an Europol durch den Rat. Auch die EMRK selbst verlangt von ihren Mitgliedstaaten die Sicherstellung eines den Konventionsstandards entsprechenden grundrechtlichen Schutzniveaus, wenn diese Hoheitsrechte an eine zwischenstaatliche Einrichtung übertragen.

### **1. Anforderungen an die Gestaltung des Ermittlungsverfahrens und einzelner Ermittlungsmaßnahmen**

Im Hinblick auf die Durchführung polizeilicher Ermittlungsmaßnahmen ist von besonderem Interesse, daß die durch Art. 6 EMRK gewährten Rechte auf ein faires (Straf-)Verfahren schon vor der Hauptverhandlung zu beachten sind, soweit sonst die Fairneß des Verfahrens ernsthaft gefährdet wäre. Die Strafverfolgungsbehörden müssen dem Betroffenen ("Angeklagten" im Sinne der Konvention) die Einzelheiten der Vorwürfe mitteilen und ihm zur Vorbereitung der Verteidigung grundsätzlich Akteneinsicht in alle hierfür relevanten Dokumente gewähren. Bei der Vernehmung von Zeugen im Ermittlungsverfahren muß dem Beschuldigten bzw. der Verteidigung nur dann die Gelegenheit zur Befragung eingeräumt werden, wenn dies später nicht mehr möglich erscheint. Eine richterliche Kontrolle einzelner Ermittlungsmaßnahmen kommt dagegen unter dem Gesichtspunkt des fairen Verfahrens allenfalls in Ausnahmefällen in Betracht, etwa beim Einsatz von Lockspitzeln. Bei Unterlassung derartiger Sicherungen kann sich im Hauptverfahren eine Unverwertbarkeit der Beweise ergeben. Insofern vermögen die Anforde-

rungen im Hauptverfahren über die Frage der Verwertbarkeit von Beweisen auf das Ermittlungsverfahren zurückzuwirken.

Aus dem Gebot des fairen Verfahrens im Sinne von Art. 6 EMRK kann sich ferner die Unverwertbarkeit polizeilich ermittelter Beweise ergeben. Insbesondere muß bei der Geheimhaltung der Identität von Zeugen der Zeugenschutz sorgfältig mit den Verteidigungsrechten abgewogen werden. Ein ausreichender Grund für die Wahrung der Anonymität liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn in vergleichbaren Fällen im allgemeinen mit Einschüchterungen und Bedrohungen der Zeugen zu rechnen ist. Dann müssen aber zusätzliche Maßnahmen im Vorverfahren getroffen werden, um die Verteidigungsrechte zu wahren (etwa Vernehmung durch Untersuchungsrichter in Gegenwart des frageberechtigten Verteidigers, dem die Identität des Zeugen verborgen bleibt). Grenzen finden die polizeilichen Aktivitäten auch im Falle eines Lockspitzels: Die Provokation der Tat gegenüber einem nicht Tatgeneigten verstößt gegen Art. 6 EMRK.

Grenzen für die polizeiliche Ermittlungstätigkeit ergeben sich darüber hinaus aus Art. 8 EMRK, der die Zulässigkeit von Ermittlungsmaßnahmen, die in die Privatsphäre von Verdächtigen oder Personen aus deren Umfeld eingreifen, bestimmten Anforderungen unterwirft. Während die Zuordnung der Ermittlungsmaßnahme zu einem der in Art. 8 Abs. 2 EMRK aufgezählten legitimen Eingriffsziele meist wenig Schwierigkeiten bereitet, stellen die Notwendigkeit einer gesetzlichen Eingriffsgrundlage und die Erforderlichkeit des Eingriffs in einer demokratischen Gesellschaft größere Hürden für die Zulässigkeit des Eingriffs dar. Zentrales Ziel dieser Anforderungen ist es, den Bürger vor willkürlichen polizeilichen Eingriffen zu schützen. Besonders detaillierte Anforderungen sind von der Rechtsprechung im Hinblick auf das Abhören von Telefonen entwickelt worden. So muß die gesetzliche Regelung dem Bürger die Umstände und Voraussetzungen eines Eingriffs deutlich vor Augen führen. Die gesetzliche Ermächtigung muß hinreichend bestimmt gefaßt sein und die möglichen Straftatbestände und Täterkategorien, die Anlaß bzw. Gegenstand der Maßnahme sein können, ebenso regeln wie ihre zeitliche Begrenzung, die Überprüfung und Vernichtung im Zuge der Maßnahme angefertigter Aufnahmen und die Einzelheiten der erforderlichen richterlichen Anordnung. Als "notwendig in einer demokratischen Gesellschaft" kann nur eine Maßnahme eingestuft werden, die aufgrund eines dringenden gesellschaftlichen Bedürfnisses vorgenommen wird, verhältnismäßig ist und gegen die im nationalen Recht Beschwerdemöglichkeiten existieren. Diese Anforderungen können weitgehend auf die übrigen Ermittlungsmaßnahmen übertragen werden; sie sind besonders strikt zu beachten, wenn eine Maßnahme verdeckt durchgeführt wird. Obwohl die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) keine richterliche Anordnung für Ermittlungsmaßnahmen, die in die Privatsphäre des Betroffenen eingreifen, fordert, läßt sie doch erkennen, daß eine richterliche Autorisierung in besonderer Weise den Anforderungen des Art. 8 EMRK Rechnung trägt.

Zur Begründung von Eingriffen in die Schutzgüter des Art. 8 EMRK können auch präventive Zielsetzungen angeführt werden. Ebenso kann die Anordnung polizeilichen Gewahrsams nicht nur auf die Verfolgung von Straftaten gestützt werden, sondern auch auf deren Verhinderung. Eine Differenzierung der Anforderungen an die Rechtfertigung von Eingriffen nach deren präventivem oder repressivem Charakter ist in der Rechtsprechung nicht erkennbar.

Einen Eingriff in Art. 8 EMRK stellen auch die behördliche Speicherung und Verwendung von persönlichen Daten dar. Zur Rechtfertigung des Eingriffs ist eine gesetzliche Grundlage erforderlich, aus der die Voraussetzungen des Informationseingriffs in materieller und prozeduraler Hinsicht klar hervorgehen müssen. Die präventive Speicherung von Daten, die im Rahmen der Strafverfolgung über Personen erhoben wurden, die später von den gegen sie erhobenen strafrechtlichen Vorwürfen freigesprochen werden, ist nur bei Hinzutreten besonderer Umstände zulässig. Besondere Sicherungsmechanismen, insbesondere in Form einer objektiven Kontrolle durch ein mit einem Mindestmaß an Unabhängigkeit ausgestattetes Organ, sind erforderlich, wenn die Daten geheim verarbeitet werden.

## **2. Rechtsschutz gegen Ermittlungsmaßnahmen**

Aus der EMRK ergeben sich schließlich bestimmte Mindestanforderungen an Umfang und Qualität des Rechtsschutzes gegen polizeiliche Ermittlungsmaßnahmen, die in Grundrechte eingreifen.

Während der Rechtsprechung im Rahmen des Art. 8 insoweit die bloße Möglichkeit einer Beschwerde zu genügen scheint, müssen die zur Verfügung gestellten Beschwerdemechanismen effektiv sein, um Art. 13 EMRK zu entsprechen. Insbesondere muß eine Beschwerde unabhängig von einer fortdauernden Beschwerde auch nach Beendigung der Maßnahme zulässig sein. Die Beschwerdeinstanz muß über eine gewisse Unabhängigkeit verfügen, wenngleich keine allzu strengen Anforderungen an ihre institutionelle Ausgestaltung gestellt werden. So soll auch der zuständige Ressortminister "ausreichend unabhängig" im Sinne des Art. 13 EMRK sein. Bedeutsam für den Rechtsschutz ist, daß die Straßburger Organe sowohl für Art. 8 als auch für Art. 13 EMRK im Hinblick auf verdeckte Maßnahmen anerkennen, daß diese dem Betroffenen nur dann mitgeteilt werden müssen, wenn dadurch nicht der Zweck des verdeckten Vorgehens gefährdet wird. Immerhin ist jedoch eine Beschwerdemöglichkeit für Personen zu fordern, die meinen, Gegenstand verdeckter Ermittlungsmaßnahmen zu sein.

Aufgrund des typischerweise mit den hier untersuchten polizeilichen Ermittlungsmaßnahmen verbundenen Eingriffs in das "Privatleben" der betroffenen Personen wird zumeist auch Art. 6 EMRK ("civil right") Anwendung finden und damit ein Recht auf gerichtliche Überprüfung gegeben sein.

### **III. Wesentliche Elemente justitieller Einbindung und Kontrolle strafrechtlicher und präventiv-polizeilicher Ermittlungen in EU-Mitgliedstaaten**

Der durch die EMRK vorgegebene Rahmen für den Schutz der Betroffenen vor ungerechtfertigten oder exzessiven polizeilichen Ermittlungsmaßnahmen wird durch die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in durchaus unterschiedlicher Weise konkretisiert. Eine besondere Schwierigkeit ergibt sich daraus, daß die Polizei Überwachungs- und Ermittlungsmaßnahmen im Kampf gegen die organisierte Kriminalität nicht mehr nur auf ihre Kompetenzen zur Durchführung strafrechtlicher Ermittlungsverfahren stützt, sondern zunehmend auch auf ihre präventiv-polizeiliche Zuständigkeit zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Da die im Rahmen präventiv-polizeilicher Tätigkeit gewonnenen Informationen und Beweise nach den in den meisten Mitgliedstaaten geltenden Regelungen in weitem Umfang auch für die Zwecke der Strafverfolgung verwendet werden dürfen, ergibt sich die Notwendigkeit, über die sich aus den Bestimmungen des Strafverfahrensrechts abzuleitenden Schranken für die polizeiliche Ermittlungstätigkeit (dazu 1.) auch die Voraussetzungen und Grenzen insbesondere der präventiv-polizeilichen Informationseingriffe in die Betrachtung mit einzubeziehen ( dazu 2.).

#### **1. Kontrolle polizeilicher Ermittlungstätigkeit im Strafverfahren**

Als wesentliche Elemente für eine Verantwortlichkeit von Strafverfolgungsorganen treten in den untersuchten Rechtsordnungen drei Instrumente hervor:

- Kontrolle der laufenden polizeilichen Ermittlungen durch ein justitielles bzw. externes Organ,
- richterliche Überwachung bestimmter Ermittlungsmaßnahmen,
- Kontrolle durch die Wahrnehmung von Beschuldigtenrechten.

##### *a) Kontrolle laufender Ermittlungen durch ein externes Organ*

Eine Kontrolle (bestimmter) polizeilicher Ermittlungen durch ein externes Organ existiert in allen untersuchten Rechtsordnungen. In welchem Umfang die laufende strafrechtliche Ermittlungstätigkeit einer externen Überwachung aber in concreto unterliegt, hängt von der innerstaatlichen Kompetenzaufteilung ab:

In den kontinentalen Rechtsordnungen klassischer Prägung (*Österreich, Deutschland, Frankreich* und den *Niederlanden*) trägt eine Justizbehörde bzw. ein Justizorgan die Verantwortung für die strafrechtliche Ermittlungstätigkeit; es wird dabei durch die Polizei unterstützt. Das gilt auch für *Italien*, das in anderer Hinsicht Merkmale des angelsächsischen Strafverfahrens übernommen hat. Unterschiede

bestehen darin, welches Justizorgan diese Aufgabe (primär) wahrnimmt: Während in *Österreich* der Untersuchungsrichter (noch) als zentrale Figur der Vorermittlungen gilt, ist in *Italien*, *Deutschland* und den *Niederlanden* die Staatsanwaltschaft der gesetzlichen Grundkonzeption nach Herrin der Ermittlungen, wobei etwa in Italien die Staatsanwaltschaft eine der richterlichen Unabhängigkeit vergleichbare Stellung genießt (Art. 107 Abs. 3 ital. Verfassung). In *Frankreich* führt der Untersuchungsrichter die gerichtliche Voruntersuchung durch, der Staatsanwalt überwacht die polizeilichen Ermittlungen. Die Unterschiede im Einsatz justitieller Organe haben ihren Grund zum überwiegenden Teil in strukturellen Verschiedenheiten der Strafverfahren: Ein justitielles Organ als Akteur einer gerichtlichen Voruntersuchung kann dort sinnvoll sein, wo der Funktion der Staatsanwaltschaft als Partei in der Verfahrensordnung eher mit Skepsis begegnet wird oder wo bereits im Vorverfahren eine qualifizierte Beweisaufnahme stattfinden soll, mit der Konsequenz, daß bestimmte Beweisthemen grundsätzlich bereits präjudiziell sind.

Das justitielle Organ hat zu jedem Zeitpunkt des Ermittlungsverfahrens eine Weisungsbefugnis gegenüber der ermittelnden Polizei. Diese Weisungsbefugnis resultiert aus der Ableitung der polizeilichen Befugnis zur Durchführung strafrechtlicher Ermittlungen von den justitiellen Strafverfolgungsbehörden. Abgesichert wird die Weisungsbefugnis normativ durch die Pflicht der Polizei, den Verdacht auf Begehung einer Straftat dem sachleitungsbefugten justitiellen Organ zu melden.

In der Praxis der meisten Mitgliedstaaten ist es aber dennoch zumeist die Polizei, die in einem Großteil der Verfahren zunächst selbständig ermittelt, bevor sie den Vorgang der Anklagebehörde übergibt, so daß das Weisungsverhältnis zumindest bereichsspezifisch, insbesondere bei Alltagskriminalität, nicht zum Tragen kommt. Diese Entwicklung wurde in jüngerer Zeit noch dadurch verstärkt, daß polizeiliche Kompetenzen im Bereich "präventiver Verbrechensbekämpfung" (insbesondere in Zusammenhang mit der Bekämpfung der organisierten Kriminalität - vgl. auch unten 2.) ausgebaut wurden.

In *Dänemark* wurde die Kompetenz zur Durchführung des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens für weite Bereiche der Kriminalität auf die Polizei übertragen. Der jeweils zuständige Polizeipräsident hat die Sachleitung und Aufsicht inne. Die Polizei ist - wie die Strafverfolgungsorgane anderer kontinentaler Systeme - verpflichtet, sowohl den Täter belastende wie auch entlastende Umstände zu erforschen. Die Staatsanwälte haben nach wie vor ein Weisungsrecht, das eine Kontrolle über die Ermittlungstätigkeit sichern soll, machen davon in der Praxis aber sehr selten Gebrauch. Ferner ist es die Staatsanwaltschaft, die für Dienstaufsichtsbeschwerden und Strafverfahren gegen Polizeibeamte (in Zusammenarbeit mit anderen Gremien) zuständig ist.

In *England* und *Wales*, wo die Polizei in Strafsachen traditionell selbständig und weisungsfrei ermittelt, findet eine Kontrolle laufender Ermittlungen vorrangig innerhalb der Polizeihierarchie statt. Eine ständige Überwachung laufender Ermittlungen durch eine externe (Justiz-)Behörde ist systemfremd. Die Common-Law-Ordnung hat jedoch ihre eigenen spezifischen Kontrollmechanismen hervorgebracht: So wird beispielsweise das polizeiliche Haftverfahren durch zwei Polizisten mit besonderen Funktionen, *custody officer* und *review officer*, überwacht. Ferner existiert eine externe Kontrolle durch *Her Majesty's Inspectorate of Constabulary* (HMIC). Diese von der Polizei unabhängige Behörde überprüft die laufende Polizeiarbeit ebenso wie die Behandlung von Beschwerde- und Disziplinarverfahren, die Prüfberichte werden veröffentlicht.

b) *Richterliche Überwachung bestimmter Ermittlungsmaßnahmen*

Zweites wesentliches Element der justitiellen Einbindung und Kontrolle strafrechtlicher Ermittlungstätigkeit in den Mitgliedstaaten ist die Überwachung der Strafverfolgung durch einen Richter. Sie kann in unterschiedlichen Formen in verschiedenen Verfahrensstadien erfolgen: kontrollierend während der laufenden Ermittlungen, im Rahmen der Hauptverhandlung, in einer Rechtsmittelinstanz und schließlich im Wege der Ahndung persönlichen Fehlverhaltens von Strafverfolgungsorganen.

aa) *Richterliche Kontrolle während des Ermittlungsverfahrens*

In den Rechtsordnungen, welche eine gerichtliche Voruntersuchung für bestimmte Formen von Kriminalität kennen, sind strafrechtliche Ermittlungen in diesem Bereich ohnehin Sache eines Richters. In *Frankreich* und in den *Niederlanden* bedarf es für die Anordnung bestimmter Zwangsmaßnahmen grundsätzlich der Eröffnung einer solchen formalen Voruntersuchung. Aber auch dort, wo die gerichtliche Voruntersuchung nicht bekannt ist bzw. nicht zum Zuge kommt, unterliegen Eingriffe ab einer bestimmten Erheblichkeitsschwelle grundsätzlich einer vorherigen richterlichen Legitimation, die in der Regel über einen sogenannten Richtervorbehalt, also eine vorherige richterliche Genehmigung eines bestimmten Eingriffs, sichergestellt wird.

Die Rechtsordnungen kontinentaler Prägung kennen ferner die Möglichkeit einer nachträglichen richterlichen Kontrolle, initiiert durch die Beschwerde der Betroffenen gegen die Anordnung und Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen. Jedoch hat diese richterliche Überprüfung in den verschiedenen Rechtsordnungen eine ganz unterschiedliche Ausgestaltung erhalten.

In *England* und *Wales* findet eine vorherige Einbeziehung eines Richters in strafrechtliche Ermittlungen nur ausnahmsweise statt. Selbst die Verhaftung eines Verdächtigten, die - anders als in den kontinentalen Rechtsordnungen - regelmä-

big einen Weg zur Beweisgewinnung darstellt (nämlich zur Erlangung eines Geständnisses), erfolgt in der Regel zunächst ohne richterlichen Haftbefehl. Gleichwohl erkennt auch das englische Recht an, daß bestimmte persönliche Bereiche vor unkontrollierten Strafverfolgungsmaßnahmen zu schützen sind. So bedarf es eines vorherigen richterlichen Beschlusses, wenn bestimmtes vertrauliches Material beschlagnahmt werden soll. Daneben haben sich in England und Wales andere, dem Richtervorbehalt vergleichbare Sicherungen herausgebildet: So erfordern bestimmte Ermittlungsmaßnahmen, die in den kontinentalen Rechtsordnungen dem Richtervorbehalt unterstehen, eine vorherige Zustimmung eines externen Organs mit justitiellem Charakter. Hier hat insbesondere der "Commissioner", der eine unabhängige Stellung bekleidet, Bedeutung erlangt, er muß beispielsweise die Überwachung des drahtlosen Fernmeldeverkehrs genehmigen.

*bb) Richterliche Kontrolle während des Hauptverfahrens*

Neben der unmittelbaren Überwachung strafrechtlicher Ermittlungen unterliegt die Rechtmäßigkeit der Ermittlungstätigkeit in allen untersuchten Rechtsordnungen einer mittelbaren richterlichen Kontrolle durch die Beweissammlung, -zulassung oder -verwertung im Rahmen der Vorbereitung und Durchführung der Hauptverhandlung.

Im instruktorischen Verfahren des traditionellen kontinentalen Strafprozesses (*Österreich, Deutschland, Frankreich*), in dem die Beweisführung grundsätzlich dem Gericht obliegt, haben Beweisverwertungsverbote und verwandte Institute wie beispielsweise die im französischen Recht gesetzlich oder durch die Rechtsprechung anerkannten Nichtigkeitsgründe bei Verfahrensverstößen (*nullités*) besondere Bedeutung für die mittelbare Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Ermittlungen. Sie eröffnen verschiedene Möglichkeiten, Beweise, welche die Strafverfolgungsbehörden unrechtmäßig erlangt haben, bei der Entscheidungsfindung nicht zu berücksichtigen. Allerdings hat sich für die Nichtzulassung bzw. Nichtverwertung von Beweismitteln nur ausnahmsweise eine generelle Regel herausgebildet. Regelmäßig werden im Einzelfall die widerstreitenden Interessen gegeneinander abgewogen.

Die *italienische* Strafprozeßordnung sieht vor, daß jede Ermittlungshandlung, deren Ergebnis in die Hauptverhandlung eingehen soll, vom Gericht der Hauptverhandlung von Amts wegen auf seine Rechtmäßigkeit hin untersucht wird; daraus gewonnene Erkenntnisse dürfen bei Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit nicht verwertet werden. Das gilt auch für Erkenntnisse aus rechtswidriger Datenverarbeitung. Allerdings ist in der Praxis die Reichweite dieses "strikten Verwertungsverbots" umstritten, da davon ausgegangen wird, daß das Verwertungsverbot nur durch einen qualifizierten Verstoß und nicht durch eine "einfache Unregelmäßigkeit" ausgelöst wird.

In der *niederländischen* Strafprozeßordnung findet sich ebenfalls eine gesetzliche Regelung, die dem entscheidenden Richter im Hauptverfahren den Ausschluß von Beweismitteln erlaubt, die unter Verletzung bestimmter (Form-)Vorschriften erlangt wurden. Diese Regelung eröffnet aber nach einhelliger Ansicht lediglich einen Entscheidungsspielraum für den Richter; sie begründet keine Verpflichtung, rechtswidrig erlangte Beweismittel stets auszuschließen.

Die Möglichkeiten einer Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Ermittlungen der Polizei über das Beweisrecht unterscheiden sich im angelsächsischen Strafprozeß schon wegen der Ausgestaltung als Parteiverfahren von denen des instruktorigen Strafverfahrens. Das Strafverfahren des Common Law wird von der Dispositionsmaxime bestimmt. Dem verhandlungsführenden Richter kommt eher die Rolle eines Schiedsrichters zu, der vorrangig darüber entscheidet, ob Beweise zulässig sind, weil sie für die Entscheidung über die Anklage relevant sind, nicht darüber, ob die Beweissammlung rechtmäßig erfolgt ist. Das gilt grundsätzlich auch für die "Beweiszulassungsverfahren". Widerrechtlich erlangte Beweismittel können aber auch hier unter bestimmten Voraussetzungen von der Entscheidungsfindung ausgeschlossen werden.

*cc) Kontrolle durch die Rechtsmittelinstanz*

Die mittelbare Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Ermittlungsverfahrens durch die Beweisverwertung bzw. -zulassung findet ihre Fortsetzung in der Rechtsmittelinstanz, da entsprechende Verstöße regelmäßig durch ein Rechtsmittel gerügt werden können. Im übrigen sehen alle Rechtsordnungen die Möglichkeit einer Wiederaufnahme von Strafverfahren vor, in denen (bestimmte) nachträglich bekannt gewordene Unregelmäßigkeiten des Ermittlungsverfahrens moniert werden können.

*dd) Verantwortung der Strafverfolgungsorgane für irreguläres Verhalten*

Ein weiteres Element justitieller Kontrolle strafrechtlicher Ermittlungen ist die persönliche Haftung der Strafverfolgungsorgane für irreguläres Verhalten, wie es in unterschiedlicher Ausgestaltung in allen untersuchten Rechtsordnungen zu finden ist. Danach müssen sich Hoheitsträger (ohne ein weiteres förmliches Vorverfahren, in dem die Anstellungsbehörde über die Zulässigkeit einer Verfolgung entscheidet) nach dem allgemeinen Strafrecht für mißbräuchliches Verhalten in Zusammenhang mit der Amtsausübung verantworten; das gilt auch für mißbräuchliche Datenverarbeitung. Ferner erlauben die Rechtsordnungen zivilrechtliche Schadensersatzklagen wegen persönlichen Fehlverhaltens. Sie normieren schließlich Aufsichtsbeschwerdeverfahren, die im Detail recht unterschiedlich ausgestaltet sein können.

c) *Kontrolle durch Beschuldigtenrechte*

Als dritter wesentlicher Baustein einer justitiellen Kontrolle der Ermittlungstätigkeit erweisen sich die strafprozessualen Beschuldigtenrechte: Nach allen untersuchten Rechtsordnungen ändert sich die Rechtsstellung einer Person dann, wenn sie aus einem unbestimmten Personenkreis durch entsprechenden Verdacht auf Begehung einer konkreten Straftat heraustritt. In diesem Fall wird sie mit Rechten ausgestattet, die auch der Kontrolle der gegen sie gerichteten Strafverfolgung dienen. Zeitpunkt des Eingreifens und Ausgestaltung der Beschuldigtenrechte unterscheiden sich allerdings in den verschiedenen Rechtsordnungen.

Einer in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren beschuldigten Person stehen in jedem Land besondere Rechte zu. Regelmäßig hat sie einen Anspruch darauf,

- über einen gegen sie bestehenden Tatverdacht informiert zu werden,
- die Aussage zu verweigern,
- im Ermittlungsverfahren einen Verteidiger beizuziehen, der regelmäßig (zum Teil neben dem Beschuldigten) ein Recht auf Akteneinsicht hat, ferner
- daß ihr rechtliches Gehör gewährt wird.

Diese Rechte sollen in allen untersuchten Rechtsordnungen sicherstellen, daß die beschuldigte Person eine aktive Rolle in den strafrechtlichen Ermittlungen einnehmen und sich gegebenenfalls gegen den Verdacht verteidigen kann.

## 2. **Kontrolle präventiv-polizeilicher Informationseingriffe**

Die untersuchten mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen lassen in erheblichem Umfang polizeiliche Informationseingriffe auch außerhalb eines konkreten Strafverfahrens zu, dessen Ergebnisse aber unter Umständen später durchaus vor den Strafgerichten Verwendung finden können. Die materiellen und prozeduralen Vorgaben, welche die nationalen Rechte für die Vornahme solcher Eingriffe aufstellen, werden durch den Umfang des einzelstaatlichen gewährleisteten Grundrechtsschutzes maßgeblich mitbestimmt.

a) *Grundrechtliche Vorgaben für den zulässigen Umfang von Informationseingriffen in materieller Hinsicht*

Dabei ist die Annahme eines lückenlosen Grundrechtssystems, das dem einzelnen Schutz vor jeder ihn belastenden Maßnahme - und sei sie auch nur von geringem Gewicht - bietet, den Verfassungsordnungen der meisten Mitgliedstaaten unbekannt. Die grundrechtlichen Schutzwirkungen werden vielmehr erst durch den Eingriff der staatlichen Gewalt in eines der durch die Verfassung oder die EMRK - die in einigen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen weitgehend die Funktion eines verfassungsrechtlichen Grundrechtskatalogs übernommen hat - konkret ge-

währleisteten Freiheits- oder Eigentumsrechte ausgelöst. Unterschiede ergeben sich insoweit vor allem hinsichtlich des Schutzes der privaten Lebens- und Kommunikationssphäre. So kennt die britische Rechtsordnung bislang kein allgemeines Recht auf Achtung der Privatsphäre. Die vom Common Law entwickelten zivil- und strafrechtlichen Haftungstatbestände dienten ursprünglich nur dem Schutz bestimmter, als besonders schutzwürdig und/oder gefährdet angesehener Ausschnitte des privaten Lebensbereichs, wie dem Schutz vor dem Betreten eines Grundstücks oder einer Wohnung gegen oder ohne den Willen des Berechtigten. Sie schützen aber z.B. nicht die Vertraulichkeit der Kommunikation als solche, d.h. unabhängig von der Art des Eingriffs. Ein solcher tatbestandlicher Schutz wird erst durch die einschlägige Gewährleistung der EMRK (Art. 8) vermittelt. Die anderen Rechtsordnungen kennen dagegen neben dem Schutz des Brief- und Fernmeldegeheimnisses auch ein allgemeines Recht auf Achtung der Privatsphäre oder auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, das als Grundlage des Schutzes gegen Informationseingriffe staatlicher Stellen unabhängig von der Art und Weise der konkreten Durchführung des Eingriffs herangezogen werden kann. Allerdings gewährt keines dieser Rechte seinem Träger eine derart umfassende Befugnis, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden, wie das vom Bundesverfassungsgericht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitete informationelle Selbstbestimmungsrecht.

Dies hat unmittelbare Konsequenzen für den Umfang, in dem polizeiliche Ermittlungs- und Beobachtungsmaßnahmen auch ohne gesetzliche Grundlage zulässig sind. In der Mehrzahl der untersuchten Rechtsordnungen wird die Beobachtung und Überwachung von Personen, die sich in der Öffentlichkeit aufhalten, nicht als eine grundrechtsrelevante Maßnahme angesehen. Sie ist daher auch ohne spezielle gesetzliche Ermächtigung auf der Grundlage des allgemeinen Auftrags der Polizei zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zulässig. Eine staatsanwaltschaftliche oder richterliche Genehmigung für die Durchführung der Überwachungsmaßnahmen ist nicht erforderlich.

So ist es in *Dänemark* der Polizei wie jedem anderen Bürger erlaubt, auf offener Straße und an öffentlich zugänglichen Orten Überwachungen und Beschattungen vorzunehmen. In *Italien* ist die polizeiliche Überwachung weder durch die Gesetzgebung noch durch die Rechtsprechung näher definiert und eingegrenzt worden, obwohl sie eines der wichtigsten Instrumente der Verbrechensbekämpfung insbesondere im Bereich der organisierten Kriminalität darstellt. Sie erlaubt sowohl die statische, d.h. von einem festen Punkt aus durchgeführte Observation, als auch die dynamische Beobachtung, die auf die Feststellung des jeweiligen Aufenthaltsorts der beobachteten Person abzielt und damit die Herstellung sogenannter Bewegungsbilder ermöglicht.

Ähnlich wird im *Vereinigten Königreich* die Durchführung von Überwachungs- und Abhörmaßnahmen auf öffentlichen Plätzen nur in Richtlinien des Innenministers geregelt. Gleiches gilt für die Vornahme solcher Maßnahmen in Privaträumen, wenn deren Besitzer zugestimmt hat, es sei denn, es handelt sich um die Wohnung oder den Arbeitsplatz der überwachten Person.

Hingegen sind in allen untersuchten Mitgliedstaaten spezielle gesetzliche Grundlagen für polizeiliche Ermittlungs- und Überwachungsmaßnahmen erforderlich, die unter Einsatz technischer Hilfsmittel in die räumliche oder kommunikative Privatsphäre der überwachten Individuen und ihrer Kontaktpersonen eingreifen. Dies gilt unter dem Einfluß von Art. 8 EMRK auch dort, wo - wie namentlich im Vereinigten Königreich - ein spezieller verfassungsrechtlicher Schutz der Privatsphäre nicht vorgesehen ist. Bei den in Betracht kommenden Maßnahmen handelt es sich insbesondere um die Überwachung des Fernmeldeverkehrs und die Anfertigung von Bild- und Tonaufzeichnungen innerhalb von Wohnungen. Für die Zulässigkeit des polizeilichen Ermittlungseingriffs gilt dabei der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Die von der Überwachungsmaßnahme zu erwartenden Erkenntnisse müssen von essentieller Bedeutung für die Verhütung der Straftat oder die Überführung des Täters und dürfen nicht auf andere, weniger tief in die Rechte des Betroffenen eingreifende Weise zu beschaffen sein. Darüber hinaus muß es sich um die Verhütung oder Aufklärung von Straftaten einer gewissen Schwere oder Bedeutung handeln.

#### b) *Verfahrensmäßige Sicherungen und Rechtsschutz*

Unmittelbar aus der Verfassung ergeben sich in einigen Mitgliedstaaten ferner bestimmte verfahrensmäßige Sicherungen bei polizeilichen Eingriffen in die räumliche oder kommunikative Privatsphäre. Verfassungsunmittelbare Regelungen prozeduraler Art finden sich gerade bei den Grundrechten auf Unverletzlichkeit der Wohnung und auf Wahrung des Brief- und Fernmeldegeheimnisses in beträchtlicher Zahl. So dürfen in *Dänemark* Eingriffe in die Unverletzlichkeit der Wohnung und in das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis nur aufgrund einer richterlichen Verfügung vorgenommen werden. Nach *italienischem* und *österreichischem* Verfassungsrecht steht die Überwachung des Fernmeldeverkehrs unter Richtervorbehalt, unabhängig davon, ob sie zu präventiven oder zu repressiven Zwecken erfolgt. Dasselbe gilt in *Deutschland* nach Art. 13 GG für die technische Überwachung von und Datenerhebungen aus Wohnungen. Das *niederländische* Grundgesetz weist dem Richter immerhin die Zuständigkeit für die Entscheidung über Ausnahmen vom Briefgeheimnis (nicht jedoch vom Fernmeldegeheimnis) zu.

Verfassungsrechtlich vorgegeben ist in vielen Fällen auch die Möglichkeit der Inanspruchnahme repressiven Rechtsschutzes gegen rechtswidrig angeordnete oder durchgeführte Ermittlungsmaßnahmen. Soweit erkennbar, normieren jedoch nur die deutsche und die italienische Verfassung eine umfassende Rechtsschutz-

garantie, die den Bürgern unabhängig von der Rechtsform des Handelns der öffentlichen Gewalt den Rechtsweg gegen jede Verletzung ihrer subjektiven Rechte und rechtlich geschützten Interessen eröffnet.

Eine objektiv-rechtliche Garantie der gerichtlichen Kontrolle in allen Fragen, die den Umfang der Machtbefugnisse von Verwaltungsbehörden bzw. die Gesetzmäßigkeit der öffentlichen Verwaltung betreffen, enthalten die *dänische* und die *österreichische* Verfassung. Letztere konkretisiert die allgemeine Gewährleistung der rechtsförmigen Verwaltungskontrolle unter anderem in der Zuständigkeit der unabhängigen Verwaltungssenate, über Beschwerden von Personen zu entscheiden, die behaupten, durch die Ausübung unmittelbarer behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt in ihren Rechten verletzt zu sein. Der Rechtsschutz des einzelnen gegenüber Maßnahmen der öffentlichen Gewalt ist danach an eine bestimmte Form des staatlichen Tätigwerdens gebunden, er bezieht sich nur auf die Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt.

In *Frankreich* ist zwar der gerichtliche Schutz subjektiver Rechte nicht explizit in den von der Präambel der Verfassung von 1958 in Bezug genommenen Grundrechtskatalogen normiert. Art. 66 der Verfassung erklärt die ordentliche Gerichtsbarkeit jedoch zur Hüterin der persönlichen Freiheit. Darüber hinaus hat der *Conseil constitutionnel* in seiner neueren Rechtsprechung einen allgemeinen Anspruch auf den gerichtlichen Schutz jedenfalls der Grundrechte aus Art. 16 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 23. August 1789 abgeleitet. Seine Ausgestaltung liegt jedoch weitgehend in der Hand des einfachen Gesetzgebers.

Ähnlich stellt sich die Rechtslage in den *Niederlanden* und im *Vereinigten Königreich* dar, wo zwar gelegentlich ein (ungeschriebenes) Grundrecht auf Zugang zu Gericht bejaht wird, die Festlegung von Art und Umfang des zu gewährleistenden Rechtsschutzes jedoch der Gesetzgebung überlassen bleibt.

In den Ländern, die keine allgemeine Rechtsschutzgarantie kennen, ergibt sich ein Anspruch auf die rechtsförmige Kontrolle von Grundrechtseingriffen jedenfalls aus Art. 13 EMRK. Diese Bestimmung verlangt jedoch nicht notwendigerweise die Einschaltung eines unabhängigen Gerichts, sondern läßt auch die Kontrolle durch eine Behörde genügen, soweit die Voraussetzungen für eine wirksame, an rechtlichen Maßstäben ausgerichtete Überprüfung der angefochtenen Maßnahme gegeben sind. Hinsichtlich der konkreten organisatorischen und institutionellen Struktur der Kontrollgremien verfügt der nationale Gesetzgeber hingegen über einen weiten Gestaltungsspielraum. Für die konkrete Verteilung der gerichtlichen Zuständigkeiten bei der Kontrolle der präventiv-polizeilichen Überwachungs- und Ermittlungstätigkeit gewinnt die Gerichtsorganisation des jeweiligen Landes eine zentrale Bedeutung. So kennen von den untersuchten Staaten *Dänemark* und das *Vereinigte Königreich* keine allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit. In Großbritannien liegt vielmehr der Schwerpunkt der Zuständigkeit zur Überprüfung der

Rechtmäßigkeit präventiv-polizeilicher Grundrechtseingriffe im Rahmen der Verbrechensbekämpfung bei besonderen, mit richterähnlicher Unabhängigkeit ausgestatteten Kontrollgremien, den *Tribunals* und *Commissioners*. In den kontinental-europäischen Staaten tritt der verwaltungsrechtliche Rechtsschutz dort, wo er grundsätzlich eröffnet ist, spätestens mit dem Beginn strafrechtlicher Ermittlungen, zum Teil aber auch schon bei der Vornahme bestimmter Vorfeldmaßnahmen, hinter die Zuständigkeit der Strafgerichte zurück.

c) *Verwendung der erlangten Informationen zu Strafverfolgungszwecken*

Die Verwendung im Rahmen präventiv-polizeilicher Tätigkeit erlangter Daten für die Zwecke der Strafverfolgung ist weithin zulässig. In allen untersuchten Mitgliedstaaten existieren zentrale polizeiliche Ermittlungsregister, aus denen Informationen, die für die Erfüllung der polizeilichen Präventions- und Aufklärungsaufgaben in irgendeiner Weise von Bedeutung sind, abgerufen werden können. Der Zweckbindungsgrundsatz hat in durchaus unterschiedlicher Gestalt Eingang in die nationalen Rechtsordnungen gefunden. Als kleinster gemeinsamer Nenner läßt sich feststellen, daß überhaupt eine rechtsförmliche Konkretisierung des Zwecks der Datenerhebung und -verarbeitung erfolgen muß. Gerade im Bereich der polizeilichen Datensammlung ist aber der Zweck, zu dem eine Datenspeicherung und -verarbeitung erfolgen kann, häufig nur allgemein bestimmt und schließt sowohl Aspekte der Prävention als auch der Strafverfolgung mit ein. Der Problematik des hypothetischen Ersatzeingriffs wird in den meisten Mitgliedstaaten kaum Beachtung geschenkt: Es reicht aus, daß die Erhebung der Daten zu dem neuen Zweck überhaupt zulässig gewesen wäre, unabhängig davon, ob die Daten zu diesem Zweck mit den tatsächlich eingesetzten Erhebungsmethoden überhaupt hätten gewonnen werden dürfen oder nicht.

#### **IV. Justitielle Einbindung gemeinschaftsrechtlicher und grenzüberschreitender Ermittlungstätigkeit im Recht der EU**

##### **1. Gemeinschaftsrechtliche Ermittlungen: Wettbewerbsrecht und Betrugsbekämpfung**

Die justitielle Einbindung und Kontrolle von Ermittlungen zur Aufdeckung irregulären Verhaltens im Europäischen Gemeinschaftsrecht wird hauptsächlich durch folgende Mechanismen gewährleistet:

a) *Externe Kontrolle durch ein justitielles Organ*

Eine externe Kontrolle laufender Ermittlungen durch ein justitielles Organ ist der institutionellen Ordnung der EG (noch) fremd. Das Gemeinschaftsrecht als Normgefüge mit dem Ziel der Herstellung eines einheitlichen Wirtschaftsraums

sieht keine den nationalen Strafprozeßordnungen vergleichbaren Regelwerke vor; die Verfahren zur Aufdeckung irregulären Verhaltens wurden vielmehr Schritt für Schritt (auf der Grundlage einer "Annex-Kompetenz") in den Bereichen entwickelt, in denen sie zur Durchsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Ziele notwendig erschienen. Soweit die Gemeinschaft aber Aufgaben zur Ermittlung irregulären Verhaltens wahrnimmt, haben sich auch entsprechende Kontrollsysteme entwickelt: Die durch EG-Bedienstete durchgeführten Kontrollen wegen Wettbewerbsverletzungen unterliegen der Fach- und Rechtsaufsicht des zuständigen Kommissionsmitglieds; die Untersuchungen des Europäischen Amtes zur Betrugsbekämpfung (OLAF) werden durch einen unabhängigen Überwachungsausschuß überprüft.

#### *b) Gerichtliche Kontrolle*

Die gerichtliche Überwachung gemeinschaftsrechtlicher Ermittlungstätigkeit, wie sie durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) gewährleistet wird, ist ebenfalls durch die Entwicklung innerhalb der Europäischen (Wirtschafts-)Gemeinschaft geprägt. Sie weist keine klassischen strafprozessualen Kontrollmechanismen (wie beispielsweise den Richtervorbehalt) auf, sondern funktioniert vorrangig auf der Grundlage einer beschwerdeinitiierten ex-post-Kontrolle: Ermittlungen der EG-Kontrolleure unterliegen einer umfassenden justitiellen Kontrolle durch die europäische Gerichtsbarkeit, sobald sie mit Eingriffen von gewisser Erheblichkeit verbunden sind. Das ist immer dann der Fall, wenn eine Maßnahme eine verbindliche Rechtswirkung erzeugt, welche die Interessen des Betroffenen durch einen Eingriff in seine Rechtsstellung beeinträchtigen könnte.

Ferner sind die EG-Kontrolleure für irreguläres Verhalten strafrechtlich verantwortlich. Zwar genießen sie prinzipiell Immunität gegenüber den mitgliedstaatlichen Gerichten. Diese Freistellung muß aber in der Regel aufgehoben werden, wenn die zuständigen nationalen Behörden ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren eröffnen.

#### *c) Beschuldigtenrechte*

Auch die Kontrolle der Ermittlungstätigkeit durch "Beschuldigtenrechte" ist im Gemeinschaftsrecht anders ausgestaltet als in den Strafverfahren der Mitgliedstaaten. Wiederum ist Grund dafür die Ansiedlung der Verfahren auf europäischer Ebene: Da die EG keine Kompetenz zur Strafverfolgung hat, werden die gemeinschaftsrechtlichen Untersuchungen nicht als strafrechtliche, sondern als administrative Ermittlungen eingestuft. Eine Gewährleistung klassischer Beschuldigtenrechte wird nicht als notwendig angesehen. Aber auch das Gemeinschaftsrecht ordnet einer Person, gegen die hoheitliche Ermittlungen durchgeführt werden, eine besondere Rechtsposition und in Verbindung damit Verfahrens- und Verteidigungsrechte zu. Namentlich sind dies:

- ein Anspruch auf ein formalisiertes Verfahren zur Information über den Vorwurf und zur Akteneinsicht,
- das Recht auf Eigenverteidigung, das auch die Möglichkeit umfaßt, die Anhörung bestimmter Zeugen vorzuschlagen,
- Anspruch auf anwaltlichen Beistand,
- ein (beschränktes) Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen,
- Anspruch auf rechtliches Gehör sowie
- Anspruch auf Information über die Einstellung des Verfahrens.

d) *EG-Datenschutzrichtlinie*

Die EG-Datenschutzrichtlinie, zu deren Einhaltung sich auch die EG-Kommission verpflichtet hat, statuiert neben einem Auskunfts- und Berichtigungsanspruch auch eine Informationspflicht der datenverarbeitenden Stelle, beispielsweise dann, wenn sie ohne Kenntnis der betroffenen Person erhobene Daten an Dritte weitergibt.

Die Überwachung der automatisierten Datenverarbeitung obliegt der Datenschutzkontrollstelle der EG-Kommission, die sowohl amtswegige wie auch beschwerdeinitiierte Kontrollen vornimmt. Gerichtlichen Rechtsschutz gewährt der EuGH (Justitielle Einbindung und Kontrolle der Ermittlungstätigkeit der Exekutive, Teil II, Abschnitt B.).

## **2. Justitielle Einbindung und Kontrolle strafrechtlicher Ermittlungen nach dem Konzept des Corpus Juris**

Eine Reform der justitiellen Einbindung und Kontrolle gemeinschaftsrechtlicher Ermittlungen könnte ferner durch die Umsetzung des *Corpus Juris* erfolgen. Bei diesem Reformprojekt handelt es sich um einen Entwurf für ein gesamteuropäisches Straf- und Strafverfahrensrecht, das von einer Gruppe von Strafrechtsexperten mit dem begrenzten Ziel eines europaweit einheitlichen Schutzes der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaft ausgearbeitet wurde. Das *Corpus Juris* sieht wesentliche Elemente einer justitiellen Verantwortung von Mitgliedern von Strafverfolgungsbehörden vor, wie sie in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bestehen.

Nach seinen Vorgaben soll eine zentrale und weisungsunabhängige Europäische Staatsanwaltschaft die Ermittlungen in den Mitgliedstaaten leiten und sich dazu der nationalen Polizei bedienen. Sie soll gegenüber der nationalen Polizei zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens weisungsbefugt sein.

Die Anordnung von Ermittlungseingriffen einer bestimmten Erheblichkeit bedarf der vorherigen Genehmigung des "Richters im Ermittlungsverfahren" (*juge des*

*libertés*). Bei der Durchsuchung, Beschlagnahme und Telefonüberwachung ist die vorherige richterliche Genehmigung obligatorisch. Bei den übrigen Ermittlungsmaßnahmen rekurriert das *Corpus Juris* auf die durch die EMRK geschützten Rechte: Jede Zwangsmaßnahme, "welche die von der Europäischen Menschenrechtskonvention anerkannten Rechte und Grundfreiheiten beschränkt oder aufhebt", muß von dem "Richter im Ermittlungsverfahren" auf Gesetz- und Ordnungsmäßigkeit sowie auf die Einhaltung von Verhältnismäßigkeit hin überprüft werden.

Die Verfasser des *Corpus Juris* sehen zudem ein Verwertungsverbot für solche Beweise vor, die unter Verletzung eines durch die EMRK, das *Corpus Juris* oder die nationale Rechtsordnung gewährleisteten Rechts erhoben wurden.

Der Entwurf trifft keine gesonderte Regelung hinsichtlich der Verantwortung der Ermittlungsorgane für irreguläres Verhalten; dementsprechend könnten die jeweils einschlägigen Regelungen der Mitgliedstaaten Anwendung finden.

Nach den Vorgaben des *Corpus Juris* müßte ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren eröffnet werden, "sobald festgestellt, angezeigt oder enthüllt wird, daß schwerwiegende und schlüssige Indizien für einen Schuldvorwurf bestehen". Es legt somit einen materiellen Beschuldigtenbegriff zugrunde. Ab diesem Zeitpunkt könnte die verdächtige Person Beschuldigtenrechte geltend machen, die - *cum grano salis* - den in den nationalen Rechtsordnungen (kontinentaler Prägung) vorgesehenen Rechten entsprechen.

### **3. Justitielle Einbindung und Kontrolle grenzüberschreitender Ermittlungen**

Die justitielle Einbindung und Kontrolle grenzüberschreitender Ermittlungen auf der Grundlage der Schengener Übereinkommen knüpft im wesentlichen an die nationalen Ordnungen an. Sie obliegt den zuständigen nationalen (Justiz-)Behörden. Diese üben ihre (Weisungs-)Kompetenzen grundsätzlich ebenso aus wie innerhalb ihres Territoriums. Ihre Leitungsbefugnis wird lediglich punktuell durch das Weisungsrecht der zuständigen nationalen Behörden des Gebietsstaates durchbrochen.

Grenzüberschreitende Ermittlungen unterliegen ferner grundsätzlich der Kontrolle der Gerichte des Entsendestaates, und zwar in demselben Umfang wie strafrechtliche Ermittlungen im eigenen Territorium. Die Übereinkommen über die transnationale Zusammenarbeit sehen hierfür bis auf eine Ausnahme keine Besonderheiten vor. Lediglich Ansprüche auf Auskunft, Datenberichtigung etc. in bezug auf gemeinsam betriebene Datenbanken können in allen Vertragsstaaten geltend gemacht werden.

Darüber hinaus sind die Strafverfolgungsorgane bei grenzüberschreitenden Ermittlungen für ein etwaiges irreguläres Verhalten nach dem Recht des Gebietsstaates strafrechtlich verantwortlich.

Beschuldigtenrechte als Kontrollrechte in strafrechtlichen Ermittlungen verlieren unter der derzeitigen Regelung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit eher an Bedeutung, da keine besonderen - d.h. über die nationale Ebene hinausreichenden - Verfahrensgarantien oder Beschuldigtenrechte für die von grenzüberschreitenden Ermittlungen betroffenen Personen festgelegt wurden.

## **V. Überlegungen zur rechtsstaatlichen Einbindung eines mit eigenen Ermittlungsbefugnissen ausgestatteten Europäischen Polizeiamtes**

Vor dem Hintergrund der analysierten nationalen und europarechtlichen Kontrollsysteme erhebt sich die Frage, wie die materiellen Vorgaben und die institutionelle Anbindung für die Ermittlungstätigkeit eines mit eigenen exekutiven Befugnissen ausgestatteten Europäischen Polizeiamtes aussehen könnten und wie entsprechende Regelungen in der Praxis zu kontrollieren und durchzusetzen wären.

Nach den Ergebnissen der Untersuchung erscheint es ausgeschlossen, daß Europol Ermittlungsmaßnahmen, mit denen in die grundrechtlich geschützte räumliche oder kommunikative Privatsphäre eines Verdächtigen oder anderer Personen eingegriffen wird (Kontrolle des Telefon- und Briefverkehrs, Anbringen von elektronischen Überwachungseinrichtungen in Wohnungen, Wohnungsdurchsuchungen), in eigener Machtvollkommenheit durchführt. Jedenfalls in den Fällen, in denen es um den Eingriff in hochrangige grundrechtliche Schutzgüter wie die Vertraulichkeit des Brief- und Fernmeldeverkehrs und die Unverletzlichkeit der Wohnung geht, ist angesichts der Intensität der Grundrechtseinschränkung und des Umstands, daß ein solcher Eingriff nachträglich kaum noch korrigiert werden kann, eine präventive Kontrolle der Anordnung bzw. der Verlängerung der Maßnahme unverzichtbar. Verfassungsrechtliche Regelungen, wonach Eingriffe in die Unverletzlichkeit der Wohnung und/oder in das Brief- und Fernmeldegeheimnis nur aufgrund richterlicher Verfügung vorgenommen werden dürfen, finden sich in den Mitgliedstaaten in beträchtlicher Zahl. Die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK fordert zwar nicht explizit eine richterliche Anordnung für Eingriffe in die Privatsphäre, läßt aber deutlich erkennen, daß eine solche in besonderer Weise den Anforderungen des Art. 8 gerecht wird. So hebt sie mit Blick auf die Telefonüberwachung die Notwendigkeit einer rechtsstaatlichen Eingrenzung der Ermächtigung zur Durchführung solcher Maßnahmen hervor. Je höher die Eingriffsintensität ist, desto strenger sind die Anforderungen, die auch an die prozeduralen Vorkehrungen gegen die willkürliche Handhabung der einschlägigen Ermittlungsbefugnisse gestellt werden müssen. Ihre erstmalige Anordnung muß ebenso

wie ihre Fortsetzung über einen bestimmten Zeitraum hinaus der externen Kontrolle unterliegen.

Die erforderliche institutionelle Qualität der Kontrollinstanz bestimmt sich dabei nach der Eigenart der Aufgabe. Diese besteht nicht in dem Nachvollzug der von der ermittelnden Behörde angestellten polizeitaktischen und ermittlungsstrategischen Überlegungen, sondern in der Prüfung, ob die vorgetragene Beweis- und Ermittlungslage nach den einschlägigen (grund-)rechtlichen Maßstäben Art und Intensität des in Aussicht genommenen Grundrechtseingriffs rechtfertigen kann. Die Kontrollbefugnis kann daher nur Einrichtungen übertragen werden, deren Mitglieder über eine durch entsprechende juristische Qualifikation nachgewiesene Kompetenz zur rechtlichen Beurteilung komplexer Sachverhalte verfügen. Die wirksame Wahrnehmung der Aufsichtsfunktion setzt überdies eine bestimmte Distanz zu der die Ermittlungen betreibenden Stelle voraus. Nur diese Distanz befähigt sie zu einer objektiven Überprüfung, ob die vorgetragenen Anhaltspunkte für die Notwendigkeit der Aufklärungsmaßnahme für einen Grundrechtseingriff der in Aussicht genommenen Art und Intensität wirklich eine ausreichende Grundlage bilden.

Für die institutionelle Ausgestaltung des unabhängigen Kontrollorgans kommen auf der Grundlage dieser allgemeinen Überlegungen insbesondere folgende Modelle in Betracht:

1. Überwachung durch eine modifizierte, als justitielle Instanz ausgebaute "Gemeinsame Kontrollinstanz" als neues gerichtsähnliches Organ der "Dritten Säule" der EU;
2. justitielle Kontrolle mittels einer neu einzurichtenden Europäischen Staatsanwaltschaft und einer Rechtswegeröffnung zum EuGH; damit würden Instanzen der EG (also der "Ersten Säule" der Union) für die intergouvernementale polizeiliche und justitielle Zusammenarbeit in Strafsachen" erschlossen;
3. Kontrolle durch *nationale* (Clearing-)Stellen, beispielsweise die mitgliedstaatlichen Strafgerichte, die zu einem europaweiten Netzwerk unabhängiger gerichtsförmiger Kontrollinstanzen mit einer zentralen Koordinierungseinrichtung, etwa in Gestalt der geplanten Service-Stelle EUROJUST, verknüpft werden könnten.

Die vollständigen Forschungsberichte erscheinen als Band 5/1 und 5/2 der Reihe "Interdisziplinäre Untersuchungen aus Strafrecht und Kriminologie" des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg, Freiburg 2001, ca. 1.300 Seiten. ISBN 3-86113-917-0, ca. DM 130,-.



**Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut  
für ausländisches und internationales Strafrecht**

*Herausgegeben von Albin Eser*

Band S 34

*Erika Lücking*

**Die strafprozessuale Überwachung des Fernmeldeverkehrs**

Eine rechtsvergleichende Untersuchung

Freiburg 1992, 222 Seiten. ISBN 3-922498-62-0

DM 24,-

Band S 77

*Katharina Krauß*

**V-Leute im Strafprozeß**

**und die Europäische Menschenrechtskonvention**

Freiburg 1999, 205 Seiten. ISBN 3-86113-943-X

DM 34,-

Band S 80

*Frank Höpfel/Barbara Huber (Hrsg.)*

**Beweisverbote in Ländern der EU**

**und vergleichbaren Rechtsordnungen**

Exclusion of Evidence Within the EU and Beyond

Europäisches Kolloquium Wien, September 1997

Freiburg 1999, 341 Seiten. ISBN 3-86113-940-5

DM 58,-

Band S 84

*Walter Gropp/Barbara Huber (Hrsg.)*

**Rechtliche Initiativen gegen organisierte Kriminalität**

Freiburg 2001, 991 Seiten. ISBN 3-86113-935-9

DM 95,-

Band S 87

*Barbara Huber (Hrsg.)*

**Das Corpus Juris als Grundlage eines Europäischen Strafrechts**

Europäisches Kolloquium Trier, 4.-6. März 1999

Freiburg 2000, 366 Seiten. ISBN 3-86113-932-4

DM 58,-

Band S 88

*Michael Faure/Günter Heine (Hrsg.)*

**Environmental Criminal Law in the European Union**

Documentation of the main provisions with introductions

Freiburg 2000, 443 Seiten. ISBN 3-86113-929-4

DM 54,-

