

Ein europäischer Ermittlungsrichter – Perspektiven des präventiven Rechtsschutzes bei Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft

Prof. Dr. Martin Böse*

A. Einleitung	172	II. Gerichtliche Kontrolle von „Zwangsmaßnahmen“ (Art. 261 AEUV)	184
B. Die Europäische Staatsanwaltschaft ...	173	III. Zwischenergebnis	188
C. Gebotenheit präventiven Rechtsschutzes	175	F. Errichtung im Rahmen der Verordnung zur Gründung der Europäischen Staatsanwaltschaft	189
D. Präventiver Rechtsschutz durch den nationalen Richter	177	I. Exklusive Zuständigkeit der nationalen Gerichte?	190
I. Das Modell des EU-Wettbewerbsrechts	177	II. Rechtsprechungsmonopol des Gerichtshofes?	191
II. Kritik und Defizite	178	III. Zwischenergebnis	195
III. Die Konsequenz: Ein europäischer Ermittlungsrichter?	181	G. Fazit und Ausblick	196
E. Ein europäischer Ermittlungsrichter als Fachgericht	183		
I. Zuständigkeit der Fachgerichte (Art. 257 AEUV)	183		

A. Einleitung

Mit dem Reformvertrag von Lissabon werden die Zuständigkeiten des EuGH in vollem Umfang auch auf die strafrechtliche Zusammenarbeit ausgedehnt.¹ Indem nunmehr auch Maßnahmen von Europol und Eurojust mit der Nichtigkeitsklage angefochten werden können (Art. 263 Abs. 5 AEUV), wird eine seit langem kritisierte Rechtsschutzlücke geschlossen.² Die Neufassung der Bestimmungen über die strafrechtliche Zusammenarbeit bringt aber zugleich neue Herausforderungen, denn mit der Grundlage für die Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft (Art. 86 AEUV) rückt eine Institution in greifbare Nähe, für deren gerichtliche Kontrolle die bestehenden Zuständigkeiten des Gerichtshofes kaum ausreichen dürften. Im Unterschied zu Europol und Eurojust, die nicht zur Anordnung von „Zwangsmaßnahmen“ (Art. 88 Abs. 3 S. 2 AEUV) bzw. „förmlichen Prozesshandlungen“ (Art. 85 Abs. 2 AEUV) ermächtigt werden können, wird eine Europäische Staatsanwaltschaft auch über die Befugnis verfügen, im Rahmen ihrer Ermittlungen erforderliche Grundrechtseingriffe anzuordnen bzw. vorzunehmen. Um einen effektiven Grundrechtsschutz zu gewährleisten, erscheint es geboten, dass vor Durchführung be-

* Prof. Dr. Martin Böse ist Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Internationales und Europäisches Strafrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

1 S. aber die Übergangsregelung nach Art. 10 des Protokolls Nr. 36 über die Übergangsbestimmungen, ABl. C 83 vom 30.3.2010, S. 322.

2 S. dazu J. Frowein/N. Krisch, Der Rechtsschutz gegen Europol, JZ 1998, S. 589 (592 f.); M. Günther, Europol – Rechtsschutzmöglichkeiten und deren Vereinbarkeit mit nationalen und internationalen Anforderungen, Frankfurt et al. 2006, S. 191 ff.; N. Kröger, Europol, Frankfurt et al. 2004, S. 167 ff., jeweils m.w.N.

stimmter Ermittlungsmaßnahmen ein Gericht über deren Zulässigkeit entscheidet. Eine Zuständigkeit der Unionsgerichte für den präventiven Rechtsschutz in Gestalt von Richtervorbehalten ist jedoch bislang im Unionsrecht nicht vorgesehen. Gegenstand des folgenden Beitrags ist die Frage, auf welche Weise diese Lücke geschlossen werden könnte. Zu diesem Zweck werden zunächst die Ermächtigung zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft (B.) und die Grundlagen des präventiven Rechtsschutzes (C.) erläutert. Anschließend werden die bestehenden Lösungsoptionen (nationaler vs. europäischer Ermittlungsrichter) diskutiert (D.). Sodann wird die Frage erörtert, ob ein europäischer Ermittlungsrichter auf der Grundlage des bestehenden Primärrechts als Fachgericht gegründet (E.) oder im Rahmen der Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft geschaffen werden könnte (F.).

B. Die Europäische Staatsanwaltschaft

Der Gedanke zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft beruht auf der Sorge, dass die Mitgliedstaaten ihrer Aufgabe, die finanziellen Interessen der Union wirksam zu schützen, nicht gerecht werden.³ Zu derartigen Befürchtungen hatte insbesondere der Fall „Griechischer Mais“ Anlass gegeben, in dem die griechischen Behörden es versäumt hatten, die Hinterziehung von Abschöpfungen für aus Jugoslawien eingeführten, aber als aus Griechenland stammend deklarierten Mais durch Einleitung von Straf- bzw. Disziplinarverfahren wirksam zu verfolgen.⁴ Nachdem das Primärrecht durch den Vertrag von Maastricht daraufhin um eine Vorschrift zur Betrugsbekämpfung und den diesbezüglichen Pflichten der Mitgliedstaaten erweitert worden war (Art. 209 a EUV a.F.; s. nunmehr Art. 325 AEUV), schlug die Kommission auf der Grundlage eines von einer Gruppe europäischer Strafrechtswissenschaftler erarbeiteten „Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union“⁵ im Vorfeld der Regierungskonferenz von Nizza vor, die Regelung zur Betrugsbekämpfung um eine vertragliche Ermächtigung zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft zu ergänzen,⁶ und legte wenig später ein Grünbuch vor, in dem sie ihre diesbezüglichen Vorstellungen näher darlegte.⁷ Die Notwendigkeit einer supranationalen Verfolgungsbehörde wur-

3 S. zu den Beratungen im Konvent den Schlussbericht des Vorsitzenden der Gruppe X „Freiheit, Sicherheit und Recht“ vom 2.12.2002, CON 426/02, S. 20; s. zuletzt die Mitteilung der Kommission über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union durch strafrechtliche Vorschriften und verwaltungsrechtliche Untersuchungen – ein Gesamtkonzept zum Schutz von Steuergeldern, KOM (2011) 293 endg., S. 4 ff., 13.

4 EuGH, Rs. 68/88 („Griechischer Mais“), Slg. 1989, I-2985.

5 M. Delmas-Marty (Hrsg.), *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, 1998 (deutsche Übersetzung von Ulrich Sieber); s. auch die überarbeitete Fassung (*Corpus Juris 2000*), in: M. Delmas-Marty/J. Vervaele (Hrsg.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Antwerpen 2000, S. 189 ff.

6 KOM (2000) 608 endg.

7 Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001) 715 endg.

de darin insbesondere damit begründet, dass die Unterschiede der nationalen Strafrechtsordnungen und die Schwerfälligkeit des traditionellen Rechtshilfeverkehrs eine grenzüberschreitende Verfolgung von Betrugereien zum Nachteil des Gemeinschaftshaushalts erheblich erschwerten.⁸ Nachdem diese Vorschläge von den Mitgliedstaaten im Vertrag von Nizza nicht aufgegriffen worden waren, wurde in dem vom Konvent angenommenen Entwurf eines Europäischen Verfassungsvertrages nach kontroverser Diskussion⁹ eine vertragliche Ermächtigung zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft aufgenommen (Art. III-274 EVV),¹⁰ die mit dem Reformvertrag von Lissabon nahezu unverändert in Art. 86 AEUV übernommen worden ist.¹¹

Im Verlauf der durch das Grünbuch der Kommission ausgelösten Diskussion sind gewichtige Einwände gegen die Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft erhoben worden. Diese reichen von Zweifeln an der Notwendigkeit einer europäischen Strafverfolgungsbehörde¹² bis zur Kritik an der Konzeption des Grünbuches, insbesondere zur grenzüberschreitenden Verwertbarkeit von Beweismitteln¹³ und der Gefahr des „forum shopping“^{14, 15}. Die Kritik hat gezeigt, dass grenzüberschreitende Ermittlungen einer Europäischen Staatsanwaltschaft nicht allein auf den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung (d.h. eine Kombination nationaler Strafverfahrensordnungen) gestützt werden können,¹⁶ sondern dass die Ermittlungstätigkeit einer solchen Behörde einer rechtlichen Grundlage bedarf, in welcher ihre Aufgaben und Befugnisse, aber vor allem auch Vorschriften zum Schutz von Grund- und

8 KOM (2008) 608 endg., S. 4 ff.; KOM (2001) 715 endg., S. 15 ff.

9 S. den Schlussbericht der Gruppe X „Freiheit, Sicherheit und Recht“, CONV 426/02, S. 20.

10 ABl. 2003 C 169/ 1.

11 S. zur Genese des Art. 86 AEUV: K. Ligeti, Die Europäische Staatsanwaltschaft: welches Modell?, in: K. Karsai/F. Nagy/Z. Szomora (Hrsg.), Freiheit – Sicherheit – (Straf-)Recht, Göttingen 2011, S. 157 ff.

12 S. insoweit M. Böse, in: Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, Baden-Baden 2004, S. 151 (158 f.).

13 W. Bandler, Verteidigungsrechte im Konzept des vergemeinschafteten Ermittlungsverfahrens unter Führung der Europäischen Staatsanwaltschaft am Beispiel des Beweisrechts, StV 2003, S. 133 (135); E. Kempf, Der Europäische Staatsanwalt: Freier Fuchs im freien Hühnerstall?, StV 2003, S. 128 (130); H. Radtke, Der Europäische Staatsanwalt Ein Modell für Strafverfolgung in Europa mit Zukunft?, GA 2004, S. 1 (16 f.); B. Schünemann, Bürgerrechte ernst nehmen bei der Europäisierung des Strafverfahrens!, StV 2003, S. 116 (121).

14 S. Braum, Europäisches Strafrecht im administrativen Rechtsstil, ZRP 2002, S. 508 (512 f.); E. Kempf, Der Europäische Staatsanwalt (Fn. 13) S. 129; B. Madignier, Verteidigungsrechte im Grünbuch aus französischer Sicht, StV 2003, S. 131 (132); U. Sommer, Die Europäische Staatsanwaltschaft, StV 2003, S. 126.

15 S. dagegen F. H. Brüner/F. Spitzer, Der Europäische Staatsanwalt, NStZ 2002, S. 393 ff.; vgl. auch zu Möglichkeiten, die Einwände durch eine entsprechende sekundärrechtliche Ausgestaltung auszuräumen: J. Vogel, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), Recht der Europäischen Union, München, Stand: 46. Ergänzungslieferung – Oktober 2011, Art. 86 AEUV Rn. 9 m.w.N.

16 S. insoweit nur die Kritik bei H. Satzger, Gefahren für eine effektive Verteidigung im geplanten europäischen Verfahrensrecht, StV 2003, S. 137 (141 f.); B. Schünemann, Bürgerrechte (Fn. 13) S. 119 ff.

Verfahrensrechten festgelegt werden.¹⁷ Im Rahmen des vorliegenden Beitrags kann diese Diskussion ebenso wenig wie die Frage nach der Organisationsstruktur der Europäischen Staatsanwaltschaft¹⁸ vertieft werden; es soll vielmehr von der Hypothese ausgegangen werden, dass eine Europäische Staatsanwaltschaft – ggf. im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit (vgl. Art. 86 Abs. 1 Unterabs. 2 und 3 i.V.m. Art. 326 ff. AEUV) – errichtet wird, die mit der Befugnis ausgestattet ist, strafprozessuale Ermittlungseingriffe anzuordnen und mit Unterstützung der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten zu vollziehen. In diesem Fall stellt sich die Frage, wie effektiver Rechtsschutz gegen diese Maßnahmen gewährleistet werden kann.

C. Gebotenheit präventiven Rechtsschutzes

Präventiver Rechtsschutz wird im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren durch Richtervorbehalte gewährleistet. Der Richtervorbehalt zielt auf eine vorbeugende Kontrolle der Maßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz¹⁹ und garantiert damit effektiven Rechtsschutz bei schweren Grundrechtseingriffen, vor denen die nachträgliche gerichtliche Kontrolle den Betroffenen nicht hinreichend zu schützen vermag.²⁰ Die Einschaltung eines Richters soll einerseits dafür sorgen, dass die Interessen des – nicht zuvor gehörten – Betroffenen bei der Anordnung der Maßnahme gebührend berücksichtigt werden, andererseits sicherstellen, dass der Eingriff nicht über das für die Durchführung der Ermittlungen notwendige Ausmaß hinausgeht.²¹ Der Richtervorbehalt dient auf diese Weise einem effektiven Grundrechtsschutz.²²

Im Unterschied zum nationalen Verfassungsrecht (vgl. Art. 13 Abs. 2 GG)²³ unterwerfen weder die EMRK noch die GRC bestimmte Grundrechtseingriffe einem ausdrücklichen Richtervorbehalt.²⁴ Auch das Recht auf einen wirksamen (gerichtlichen) Rechtsbehelf (Art. 47 GRC; s. auch Art. 13 EMRK) umfasst nur den nachträglichen, nicht aber den vorbeugenden Rechtsschutz in Gestalt eines Richtervorbehalts. Aus der Rechtsprechung des EGMR ergibt sich allerdings, dass strafprozessuale Ermitt-

17 K. Ligeti, in: K. Karsai/F. Nagy/Z. Szomora (Fn. 11), S. 157 (169 ff., 171, 173); s. auch H. Radtke, Der Europäische Staatsanwalt (Fn. 13) S. 16, 21; s. dazu in Kürze die unter Leitung von Katalin Ligeti von einer Gruppe europäischer Rechtswissenschaftler erarbeiteten „EU model rules of criminal investigation and prosecution for the procedure of the proposed European Public Prosecutor’s Office“ (abrufbar unter [www. http://lecane.com/index.php/Home](http://lecane.com/index.php/Home)).

18 Vgl. insoweit das Grünbuch, KOM (2001) 715 endg., S. 32 ff.

19 BVerfGE 57, 346 (355 f.); 76, 83 (91).

20 K. Amelung, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, Berlin 1976, S. 32 ff.; ders., Die Entscheidung des BVerfG zur Gefahr im Verzug i.S. des Artikel 13 II GG, NStZ 2001, S. 337 (338).

21 BVerfGE 9, 89, 97; 57, 346, 355; 103, 142, 151.

22 BVerfGE 57, 346, 355; 103, 142, 152.

23 S. auch zum Brief- und Fernmeldegeheimnis Art. 18 Abs. 3 der spanischen Verfassung.

24 S. ausdrücklich zu Art. 8 EMRK: H. Kreicker, in: U. Sieber/F.H. Brünner/H. Satzger/B. von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, Baden-Baden 2011, § 51 Rn. 55; s. auch H.-U. Paeffgen, in: J. Wolter u.a. (Hrsg.), SK-StPO, Bd. X, 4. Aufl., Neuwied 2012, Art. 8 EMRK Rn. 149.

lungsmaßnahmen als Grundrechtseingriffe nur gerechtfertigt werden können, wenn die gesetzlichen Grundlagen effektive und angemessene verfahrensrechtliche Sicherungen gegen einen Missbrauch dieser Befugnisse vorsehen.²⁵ Dass ein Richtervorbehalt eine derartige Vorkehrung darstellt, hat der EGMR dabei ausdrücklich anerkannt und einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK in mehreren Entscheidungen u.a. darauf gestützt, dass die jeweilige Ermittlungsmaßnahme nicht einer vorherigen richterlichen Kontrolle unterworfen wurde.²⁶ In Bezug auf die Telefonüberwachung hat der EGMR sogar ausdrücklich festgestellt, dass die Anordnung einer solchermaßen eingriffsintensiven Ermittlungsmaßnahme von einem unabhängigen Organ genehmigt werden muss.²⁷ Der Richtervorbehalt erweist sich damit auch im Rahmen der EMRK als wichtiges Instrument eines effektiven Grundrechtsschutzes.²⁸

Das Recht der Europäischen Union enthält zudem einige ausdrückliche Regelungen zum präventiven Rechtsschutz.²⁹ So hat die Kommission nach Art. 81 Abs. 3 Euratom-Vertrag beim Präsidenten des Gerichtshofes einen Gerichtsbefehl zur Durchsetzung einer Überwachungsmaßnahmen mit Hilfe von Zwang zu beantragen, wenn das betroffene Unternehmen der Überprüfung widerspricht.³⁰ Auch im EU-Wettbewerbsrecht hat der EuGH unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EGMR für die Nachprüfungen der Kommission die grundsätzliche Notwendigkeit eines präventiven Rechtsschutzes anerkannt.³¹ Darüber hinaus hat er für den Schutz des anwaltlichen Berufsgeheimnisses ein Verfahren entwickelt, wonach der Kommission die Einsicht in möglicherweise geschützte Unterlagen verwehrt ist, bis das betroffene Unternehmen Gelegenheit hatte, über eine Nichtigkeitsklage gerichtlich klären zu lassen, ob und in welchem Umfang die versiegelten Dokumente dem Schutz

- 25 EGMR, Urt. v. 25.2.1993, Az. 10828/84 (Funke / Frankreich), Rn. 56; Urt. v. 16.4.2002 – Az. 37971/97 (Société Colas Est u.a. / Frankreich), Rn. 48; Urt. v. 28.4.2005, Az. 41604/98 (Buck / Deutschland), Rn. 45.
- 26 EGMR, Urt. v. 25.2.1993, Az. 10828/84 (Funke / Frankreich), Rn. 57; EGMR, Urt. v. 16.4.2002 – Az. 37971/97 (Société Colas Est u.a. / Frankreich), Rn. 49; Urt. v. 27.5.2005, Az. 50882/99 (Sallinen / Finnland), Rn. 89, 92; Urt. v. 10.3.2009, Az. 4378/02 (Bykov / Russland), Rn. 77, 80 f.; zur eingriffsbegrenzenden Funktion des Richtervorbehalts: EGMR, Urt. v. 30.3.1989, Az. 10461/83 (Chappell / Vereinigtes Königreich), Rn. 60; Urt. v. 9.12.2004, Az. 41872/98 (van Rossen / Belgien), Rn. 45; s. dazu *H.-U. Paeffgen*, in: SK-StPO (Fn. 24), Art. 8 EMRK Rn. 150 f. m.w.N.
- 27 EGMR, Urt. v. 26.4.2007, Az. 71525/01 (Popescu / Rumänien), Rn. 70 f.; Urt. v. 10.2.2009, Az. 25198/02 (Iordachi / Moldau), NJW 2010, S. 2111 Rn. 40; Urt. v. 2.9.2010, Az. 35623/05 (Uzun / Deutschland), NJW 2011, S. 1333 Rn. 72.
- 28 *H.-U. Paeffgen*, in: SK-StPO (Fn. 24), Art. 8 EMRK Rn. 151.
- 29 Das Gutachtenverfahren beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge (Art. 218 Abs. 11 AEUV) dient ebenfalls dem präventiven Rechtsschutz (vgl. *S. Lorenzmeier*, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim [Fn. 15], Art. 218 AEUV Rn. 69; *K. Schmalenbach*, in: C. Calliess/M. Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl., München 2011, Art. 218 Rn. 31), hat allerdings keine individualschützende Funktion.
- 30 S. zur Rechtsschutzfunktion des Gerichtsbefehls die Erläuterungen der Bundesregierung zum Euratomvertrag, abgedruckt bei *H. Rieber*, Die Europäische Atomgemeinschaft, Baden-Baden 1957, S. 145 (183).
- 31 EuGH, Urt. v. 22.10.2002, Rs. C-94/00 (Société Roquette Frères), Slg. 2002, I-9011 Rn. 52.

des „legal professional privilege“ unterliegen.³² Unter dem Eindruck dieser Entwicklung wurde wenig später für das kartellrechtliche Ermittlungsverfahren ein sekundärrechtlicher Richtervorbehalt für Nachprüfungen in Privatwohnungen eingeführt (Art. 21 Abs. 3 KartellVO). Angesichts der weitreichenden Ermittlungsbefugnisse, über die eine Europäische Staatsanwaltschaft verfügen wird (z.B. Telefonüberwachung, Einsatz verdeckter Ermittler), erscheint die Gewährleistung präventiven Rechtsschutzes somit als ein Gebot effektiven Grundrechtsschutzes, dem auch und gerade gegenüber Eingriffen einer supranationalen Strafverfolgungsbehörde zu entsprechen ist.³³ Dementsprechend ist auch im Corpus Juris zum Schutz der finanziellen Interessen der EU vorgesehen, dass die von einem Europäischen Staatsanwaltschaft angeordneten Ermittlungseingriffe zuvor von einem „Freiheitsrichter“ („judge des libertés“, „judge of freedoms“) genehmigt werden müssen,³⁴ und auch die Kommission ging in ihrem Grünbuch davon aus, dass bestimmte Ermittlungsmaßnahmen (z.B. Beschlagnahme, Durchsuchung, Telefonüberwachung) einer vorherigen richterlichen Genehmigung bedürfen.³⁵

D. Präventiver Rechtsschutz durch den nationalen Richter

Präventiver Rechtsschutz muss keineswegs zwingend durch ein europäisches Gericht gewährleistet werden, sondern diese Aufgabe kann auch von einem nationalen Ermittlungsrichter wahrgenommen werden. In ihrem Grünbuch zur Schaffung eines Europäischen Staatsanwalts hat die Kommission die letztgenannte Lösung favorisiert,³⁶ die auch im EU-Wettbewerbsrecht übernommen worden ist (I.). Die Parallele zu dem von der Kommission geführten Ermittlungsverfahren lässt aber zugleich die Unzulänglichkeiten eines durch nationale Gerichte gewährleisteten vorbeugenden Rechtsschutzes offenbar werden (II.).

I. Das Modell des EU-Wettbewerbsrechts

Das EU-Wettbewerbsrecht gewährleistet präventiven Rechtsschutz über den nationalen Richter, der eine Nachprüfung in Geschäftsräumen genehmigen muss (Art. 21 Abs. 3 KartellVO; s. auch Art. 20 Abs. 7 KartellVO i.V.m. dem innerstaatlichen

32 EuGH, Rs. 155/79 (AM & S), Slg. 1982, S. 1575 (Rn. 29 ff.); EuG, Rs. T-125/03 und T-253/03 (Akzo Nobel), Slg. 2007, II-3523 (Rn. 80 ff.).

33 So ist beispielsweise für eine Überwachung der Telekommunikation in den meisten Mitgliedstaaten eine richterliche Anordnung erforderlich, s. Art. 90ter des belgischen Code d'instruction criminelle; § 783 der dänischen StPO; § 112 Abs. 3 der estnischen StPO; Art. 100 des französischen Code de procedure pénale; Art. 267 Abs. 1 des italienischen Codice di procedura penale; Art. 126 m Abs. 5, Art. 126 l Abs. 6 der niederländischen StPO; § 137 Abs. 1 der österreichischen StPO; Art. 237 Abs. 1 der polnischen StPO; Art. 187 der portugiesischen StPO; Art. 115 Abs. 2 der slowakischen StPO; Art. 152 Abs. 1 der slowenischen StPO; Art. 18 Abs. 3 der spanischen Verfassung; s. dazu näher die einzelnen Landesberichte in *K. Ligeti*, EU model rules of criminal investigation and prosecution for the procedure of the proposed European Public Prosecutor's Office (im Erscheinen).

34 Art. 25bis des Corpus Juris 2000 (Fn. 5).

35 KOM (2001) 715 endg., S. 67 f.

36 KOM (2001) 715 endg., S. 68.

Recht). Zwar obliegt es dem nationalen Gericht zu kontrollieren, dass die beabsichtigten Zwangsmaßnahmen (d.h. die Durchsichtung) weder willkürlich noch unverhältnismäßig sind (Art. 20 Abs. 8 S. 1, Art. 21 Abs. 3 S. 2 KartellVO). Die Prüfungskompetenz des nationalen Gerichts wird jedoch durch die nachfolgenden Sätze erheblich eingeschränkt: Danach darf das einzelstaatliche Gericht weder die Notwendigkeit der Nachprüfung in Frage stellen noch die Übermittlung der in den Akten der Kommission enthaltenen Informationen verlangen (Art. 20 Abs. 8 S. 3, Art. 21 Abs. 3 Unterabs. 2 S. 1 KartellVO). Die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Anordnung der Ermittlungsmaßnahme durch die Kommission ist vielmehr (allein) dem EuGH (bzw. dem EuG) vorbehalten (Art. 20 Abs. 8 S. 4, Art. 21 Abs. 3 Unterabs. 2 S. 2 KartellVO). Mit diesen Regelungen hat der Rat die vom EuGH entwickelten Vorgaben in das Sekundärrecht überführt.³⁷ Der EuGH hatte zwar darauf hingewiesen, dass die Willkürkontrolle durch das nationale Gericht die Prüfung einschließt, ob ernsthafte Indizien für einen Verstoß gegen das EU-Wettbewerbsrecht vorliegen,³⁸ zugleich aber unmissverständlich deutlich gemacht, dass die Prüfungskompetenz des nationalen Richters durch das Gebot zur effektiven Durchsetzung des Unionsrechts begrenzt wird: Eine Übermittlung sämtlicher in den Kommissionsakten enthaltenen Informationen könne nicht verlangt werden, da dies einerseits zur Offenlegung vertraulicher Quellen und Gefährdung von Informanten, andererseits zu Verzögerungen führen könne, da für die Durchsicht der umfangreichen und komplexen Unterlagen eine gewisse Zeit notwendig sei.³⁹ Um den nationalen Richter nicht mit einer eingehenden Prüfung des gesamten Materials (einschließlich entlastender Umstände) zu „belasten“, erhält dieser von der Kommission nur die (aus deren Sicht) wesentlichen Informationen. Die Kommission muss danach letztlich nur den Sachverhalt schildern, aus dem sich der Verdacht einer Zuwiderhandlung ergibt, aber nicht die Indizien (Zeugenaussagen, Dokumente, Kronzeugenanträge) darlegen, auf denen ihr Verdacht in tatsächlicher Hinsicht beruht.⁴⁰

II. Kritik und Defizite

Im Gegensatz zu diesen Beschränkungen der richterlichen Kontrolle hat das BVerfG betont, dass der Richter den Antrag auf Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses eigenverantwortlich zu prüfen hat und eine „verfassungsrechtlich begründete Pflicht“ besteht, sich die notwendige Zeit für die Prüfung zu nehmen und sich Kenntnis von der Sache zu verschaffen.⁴¹ Um dem Richter eine umfassende und selbständige Prüfung der Voraussetzungen für eine Durchsichtung zu ermöglichen, sind ihm im deut-

37 S. insoweit EuGH, verb. Rsen. 46/87 und 227/88 (Hoechst), Slg. 1989, S. 2859 Rn. 34 f.; Rs. C-94/00 (Société Roquette Frères), Slg. 2002, I-9011 Rn. 39 ff.

38 EuGH, Rs. C-94/00 (Société Roquette Frères), Slg. 2002, I-9011 Rn. 54.

39 EuGH (Fn. 38), Rn. 63 ff.

40 EuGH (Fn. 38), Rn. 70.

41 BVerfGE 103, 142, 151, 152 f.

schen Strafverfahren die Ermittlungsakten vollständig vorzulegen.⁴² Auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH (und der darauf beruhenden sekundärrechtlichen Vorgaben) ist eine solche Prüfung jedoch praktisch ausgeschlossen, da sie eine selbständige Würdigung der bisherigen Ermittlungsergebnisse nicht zulässt. Dementsprechend ist im Schrifttum (mit Recht) kritisiert worden, dass der Richtervorbehalt infolge der europarechtlichen Vorgaben seiner grundrechtsschützenden Funktion nicht mehr gerecht wird.⁴³ In gleicher Weise hat der EGMR eine richterliche Kontrolle als unzureichend angesehen, in der die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anordnung der Maßnahme nicht geprüft werden, sondern entsprechenden Anträgen stattgegeben wird, ohne zu untersuchen, ob ein hinreichender Tatverdacht gegeben ist.⁴⁴

Darüber hinaus werden der Entscheidungsbefugnis des nationalen Richters auch normative Grenzen gesetzt, denn die Notwendigkeit der Nachprüfung darf von ihm nicht Frage gestellt werden, sondern ist vielmehr der Überprüfung durch die Unionsgerichte vorbehalten (Art. 20 Abs. 8 S. 4, Art. 21 Abs. 3 Unterabs. 2 S. 2 KartellVO).⁴⁵ Zur Begründung verweist der EuGH darauf, dass nicht die nationalen Gerichte, sondern EuGH und EuG zur gerichtlichen Kontrolle der Nachprüfungsentscheidungen der Kommission berufen sind.⁴⁶ Dieser Hinweis auf die Zuständigkeitsverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten lässt jedoch unberücksichtigt, dass ein präventiver Rechtsschutz auf Unionsebene bislang nicht gewährleistet wird. Die Möglichkeit, vor den Unionsgerichten gegen die Nachprüfungsentscheidung eine Nichtigkeitsklage zu erheben (Art. 263 Abs. 5 AEUV), trägt zum vorbeugenden Rechtsschutz nichts bei und vermag daher nicht zu begründen, dass dem nationalen Richter insoweit nur eine beschränkte Prüfungscompetenz zustehen soll.⁴⁷ Aus der

42 K. Amelung, in: AK-StPO, Bd. 2/1 (1992), § 105 Rn. 11; B. Gercke, in: HK-StPO, 4. Aufl. (2009), § 105 Rn. 26; M. Ladiges, in: H. Radtke/O. Hohmann, StPO, München 2011, § 105 Rn. 5; G. Schäfer, in: Löwe-Rosenberg, Bd. 3, 25. Aufl., Berlin et al. 2008, § 105 Rn. 32; W. Wohlers, in: SK-StPO, Bd. II, 4. Aufl., Neuwied 2010, § 105 Rn. 15.

43 F. Toepel, Durchsuchung im Auftrag der Europäischen Kommission, NStZ 2003, S. 631 (634); C. Vocke, Die Ermittlungsbefugnisse der EG-Kommission im kartellrechtlichen Voruntersuchungsverfahren, Berlin 2006, S. 74; s. auch bereits M. Dallmann, Nachprüfung und Richtervorbehalt im Kartellrecht der EWG, Berlin 1994, S. 208. Dabei wird nicht verkannt, dass dem Richtervorbehalt die Gefahr einer einseitigen Instruktion innewohnt und seine Leistungsfähigkeit nicht überschätzt werden darf (vgl. H.-U. Paeffgen, in: SK-StPO (Fn. 24), Art. 8 EMRK Nr 152 m.w.N.); es liefe jedoch auf eine Kapitulation vor den tatsächlichen Rahmenbedingungen hinaus, daraus die normative Konsequenz abzuleiten, dass eine vollständige Vorlage der bisherigen Ermittlungsergebnisse nicht verlangt werden könnte (vgl. auch allgemein H.-U. Paeffgen, a.a.O.).

44 S. zur Telefonüberwachung: EGMR, Urt. v. 10.2.2009, Az. 25198/02 (Iordachi / Rumänien), Rn. 47, 51; zur Durchsuchung einer Anwaltskanzlei: EGMR, Urt. v. 9.4.2009, Az. 19856/04 (Kolesnichenko / Russland), NJW 2010, S. 2109 Rn. 32, 36.

45 S. bereits EuGH (Fn. 44), Rn. 39, 51, 78.

46 EuGH (Fn. 44), Rn. 39, 49 f.

47 S. auch EGMR, Urt. v. 10.2.2009, Az. 25198/02 (Iordachi / Rumänien), Rn. 40, wonach einerseits die Anordnung durch ein unabhängiges Organ genehmigt werden soll, andererseits die Genehmigung zugleich der Kontrolle eines Gerichts oder einer anderen unabhängigen Institution unterliegen soll.

vorstehenden Kritik wird deutlich, dass eine Übertragung des im kartellrechtlichen Ermittlungsverfahren entwickelten Modells auf die Europäische Staatsanwaltschaft ausgeschlossen ist, da sie den präventiven Rechtsschutz in einer Weise aushöhlt, die bei strafprozessualen Ermittlungseingriffen nicht hingenommen und der Betroffene angesichts der Eingriffsintensität der Maßnahmen (z.B. Telefonüberwachung) insoweit auch nicht auf den nachträglichen Rechtsschutz im Wege der Nichtigkeitsklage verwiesen werden kann.⁴⁸

Nun könnte man diesen Einwänden begegnen, indem man eine unbeschränkte Prüfungskompetenz des nationalen Ermittlungsrichters ausdrücklich sekundärrechtlich festschreibt und auf diese Weise die Rechtsschutzdefizite des oben dargestellten Modells vermeidet. Allerdings wäre auch mit einer solchen Regelung nicht die Gefahr gebannt, dass der EuGH die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur loyalen Zusammenarbeit und zur effektiven Durchsetzung des Unionsrechts heranzieht, um daraus Beschränkungen der Prüfungskompetenz des nationalen Gerichts abzuleiten. Der Gedanke des „*effet utile*“ hat sich – insbesondere bei der Durchsetzung des Unionsrechts durch Verhängung von Sanktionen – als zu wirkmächtig erwiesen, als dass entsprechende Befürchtungen von vornherein von der Hand zu weisen wären. Diese Gefahr besteht auch bei der Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, die jedenfalls auch auf der Erwägung beruht, dass die nationale Justiz unwillig oder unfähig ist, Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen effektiv zu verfolgen.⁴⁹ Rechtfertigt das darin zum Ausdruck kommende Misstrauen gegenüber den Mitgliedstaaten es, den nationalen Staatsanwaltschaften diese Aufgabe zu entziehen, so dürfte das Vertrauen gegenüber den nationalen Ermittlungsrichtern kaum größer sein. Aus der Perspektive der Union müsste es als geradezu dysfunktional angesehen werden, eine supranationale Behörde der Kontrolle eines nationalen Gerichts zu unterstellen.⁵⁰

Schließlich ist zu bedenken, dass eine erweiterte Kontrollbefugnis des nationalen Gerichts Folgen für die Zuständigkeitsverteilung zwischen Unionsgerichten und nationalen Gerichten hätte. So können bereits im bestehenden Rechtsschutzmodell des EU-Wettbewerbsrechts Überschneidungen bei der gerichtlichen Kontrolle von Ermittlungsmaßnahmen nicht ausgeschlossen werden.⁵¹ Diese „Schnittmenge“ würde mit einer umfassenden Prüfungskompetenz des nationalen Gerichts zunehmen. Eine weitgehend parallele Befassung der nationalen Gerichte und der Unionsgerichte wäre

48 S. zu Europol: K. Amelung/M. Mittag, in: J. Wolter u.a. (Hrsg.), *Alternativ-Entwurf Europol und europäischer Datenschutz*, Heidelberg 2008, S. 233 (243).

49 S. oben unter B.

50 Vgl. W. Schomburg, FAZ.NET vom 3.6.2009 (<http://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/gastbeitrag-gewaltenteilung-fuer-europa-1811955.html>): „Es ist aber naiv, ... eine Europäische Staatsanwaltschaft vor nationalen Gerichten auftreten zu lassen, deren Staaten sich schon jetzt unwillig oder unfähig gezeigt haben, ernsthaft einzugreifen.“

51 Vgl. EuGH, Rs. C-94/00 (*Société Roquette Frères*), Slg. 2002, I-9011 Rn. 54 f.

nicht nur im Hinblick auf die in Anspruch genommenen Ressourcen wenig effizient, sondern im Hinblick auf die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen der Rechtssicherheit alles andere als zuträglich.⁵² Diese Probleme durch eine ausschließliche Zuständigkeit der nationalen Gerichte aufzulösen, erscheint angesichts der oben genannten Bedenken kaum denkbar.

III. Die Konsequenz: Ein europäischer Ermittlungsrichter?

Nach alledem spricht viel dafür, auf Ebene der Union einen europäischen Ermittlungsrichter (oder eine europäische Vorverfahrenskammer) zu schaffen, der die von der Europäischen Staatsanwaltschaft angeordneten Ermittlungseingriffe in vollem Umfang auf ihre Rechtmäßigkeit kontrolliert. Damit entfielen nicht nur die Notwendigkeit, die Zuständigkeiten der Unionsgerichte von denen der nationalen Gerichte abzugrenzen, sondern es wäre zugleich die Gefahr des „forum shopping“ in Bezug auf die richterliche Genehmigung von Ermittlungsmaßnahmen gebannt, da insoweit eine einheitliche Zuständigkeit besteht.⁵³ Darüber hinaus müssten Ermittlungsmaßnahmen, die in mehreren Mitgliedstaaten durchgeführt werden sollen, nicht mehr in jedem betroffenen Mitgliedstaat von dem zuständigen nationalen Richter, sondern ausschließlich durch den europäischen Ermittlungsrichter genehmigt werden; dies würde das Genehmigungsverfahren beschleunigen und die Durchführung grenzüberschreitender Ermittlungen erheblich erleichtern, ohne dass damit eine Absenkung des Schutzniveaus verbunden wäre.⁵⁴ Im Gegenteil, die Konzentration der Zuständigkeit auf Unionsebene wäre geeignet, einer „Parzellierung“ des Rechtsschutzes entgegenzuwirken, wonach jeder Richter über die jeweils zu genehmigende Ermittlungsmaßnahme entscheidet, ohne die belastenden Auswirkungen anderer Ermittlungseingriffe unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit einzubeziehen. Wird diese Entscheidungsbefugnis hingegen einem Richter übertragen, der aufgrund seiner unionsweiten Zuständigkeit den Überblick über sämtliche in den Mitgliedstaaten angeordneten

52 Vgl. zur Diskussion um den Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe (§§ 23 ff. EGGVG, § 98 Abs. 2 S. 2 StPO analog): K. Amelung, in: C.-W. Canaris u.a. (Hrsg.), BGH-FS, Bd. IV, München 2000, S. 911 (921 ff., 927).

53 Der Einwand der Kommission, dass diese Lösung ein gemeinsames (europäisches) Strafverfahrensrecht voraussetzt – so KOM (2001) 715 endg., S. 66 f. – greift nicht durch, da eine Europäische Staatsanwaltschaft nicht allein auf der Grundlage des innerstaatlichen Rechts und des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung tätig werden kann, s. dazu oben unter B.

54 S. insoweit bereits zum EU-Kartellverfahren: GA Mischo, in: Verb. Rs. 46/87 und 227/88, Slg. 1989, S. 2.859 Rn. 148.

Maßnahmen hat, so ist dieser auch in der Lage, deren Zulässigkeit unter dem Aspekt der Kumulationswirkung von Ermittlungsmaßnahmen zu würdigen.⁵⁵

Angesichts der vorstehenden Argumente verwundert es nicht, dass sowohl für das kartellrechtliche Untersuchungsverfahren der Kommission⁵⁶ als auch in der Diskussion im Rahmen des Corpus-Juris-Projektes⁵⁷ und in einer Reihe von Stellungnahmen zum Grünbuch der Kommission die Schaffung eines europäischen Ermittlungsrichters als sachgerecht angesehen wird.⁵⁸ Zum Teil wird in Anlehnung an den Internationalen Strafgerichtshof auch die Errichtung einer europäischen Vorverfahrenskammer („pre-trial chamber“) vorgeschlagen.⁵⁹ Zugleich werden allerdings mitunter Zweifel daran geäußert, dass sich dies auf der Grundlage der bestehenden Verträge umsetzen lässt.⁶⁰ Nach dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung (Art. 5 Abs. 1 S. 1 EUV) bedarf die Errichtung eines europäischen Ermittlungsrichters allerdings einer vertraglichen Ermächtigung. Auf den ersten Blick liegt es nahe, einen solchen Ermittlungsrichter als Fachgericht (Art. 257 AEUV) in das bestehende Rechtssystem der Union zu integrieren (E.). Alternativ könnte erwogen werden, einen eigenständigen Spruchkörper auf der Grundlage der Ermächtigung zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft (Art. 86 Abs. 3 AEUV) zu schaffen (F.).

- 55 S. bereits aus der Diskussion im Rahmen des Corpus-Juris-Projektes *M. Delmas-Marty*, in: dies./J. Vervaele (Hrsg.), *Implementation* (Fn. 5), S. 7 (51, 52); s. auch den gegen das Grünbuch der Kommission erhobenen Einwand von *A. Biehler/S. Gleß/N. Parra/H. E. Zeitler*, Analyse des Grünbuchs zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der EG und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, Freiburg im Breisgau 2002 (http://ec.europa.eu/anti_fraud/green_paper/contributions/pdf/gp_mplanck_de.pdf), S. 49; s. auch zur Kumulation von Ermittlungseingriffen: BVerfG NJW 2005, S. 1338 (1341 – „additiver Grundrechtseingriff“); BGH NStZ 2001, S. 386 (388); NJW 2009, S. 3448 (3457 ff.); *G. Kirchhof*, Kumulative Belastung durch unterschiedliche staatliche Maßnahmen, NJW 2006, S. 732 ff.; *U. Murmann*, in: *M. Heghmanns/U. Scheffler* (Hrsg.), *Handbuch zum Strafverfahren* (2008), Abschn. III Rn. 16; *J. Steinmetz*, Zur Kumulierung strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen, NStZ 2001, S. 344 ff.; s. ferner EGMR NJW 2011, S. 1333 (1338).
- 56 S. den entsprechenden Vorschlag von *M. Dallmann*, Richtervorbehalt (Fn. 43), S. 206; s. auch *GA Mischo*, in: *Verb. Rs. 46/87 und 227/88*, Slg. 1989, S. 2859 Rn. 146 ff.
- 57 *M. Delmas-Marty*, in: dies./J. Vervaele, *Implementation* (Fn. 5), S. 7 (51), *C. van den Wijngaert*, The Protection of the Financial Interests of the EU in the Candidate States, ERA-Forum 3/2001, S. 2 (22, 23, 39 f., 48, 49, 50, 51, 53), .
- 58 *A. Ardelaen/B. Carl/U. Lechner/S. Maletras/C. Rosianu*, Réactions sur le Livre Vert concernant la creation du Procureur européen, Collège d'Europe 2002 (http://ec.europa.eu/anti_fraud/green_paper/contributions/pdf/gp_college_eu2_fr.pdf), S. 10; *A. Biehler/S. Gleß/N. Parra/H. E. Zeitler*, Analyse des Grünbuchs (Fn. 55), S. 49; *H. Satzger*, Gefahren für eine effektive Verteidigung im geplanten europäischen Verfahrensrecht, StV 2003, S. 137 (140); *J. Vervaele*, opinion at the request of the Special Committee for the Justice and Home Affairs Council of the Netherlands First Chamber of the States-General of 15 June 2002 (http://ec.europa.eu/anti_fraud/green_paper/contributions/pdf/gp_J.Vervaele_nl_en.pdf), S. 16, 17; Stellungnahme des Deutschen Richterbundes vom April 2002 (http://ec.europa.eu/anti_fraud/green_paper/contributions/pdf/gp_richterbund_de.pdf), S. 11; vgl. insoweit auch den Überblick über die unterschiedlichen Reaktionen in der follow-up-Mitteilung der Kommission, KOM (2003) 128 endg., S. 21.
- 59 *M. Delmas-Marty*, in: dies./J. Vervaele (Fn. 5), S. 7 (52 f.); *C. van den Wijngaert*, Protection (Fn. 57), S. 39 f.
- 60 S. das Grünbuch der Kommission, KOM (2001) 715 endg., S. 69; *A. Ardelaen/B. Carl/U. Lechner/S. Maletras/C. Rosianu*, Procureur européen (Fn. 58), S. 10; Stellungnahme des Deutschen Richterbundes (Fn. 58), S. 11; s. auch die Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins (Strafrechtsausschuss) Nr. 28/2002 (http://ec.europa.eu/anti_fraud/green_paper/contributions/pdf/gp_dav_de.pdf), S. 12.

E. Ein europäischer Ermittlungsrichter als Fachgericht

Ein Fachgericht für das strafprozessuale Ermittlungsverfahren erscheint auf den ersten Blick als der ideale Weg, den präventiven Rechtsschutz in das bestehende Rechtsschutzregime auf Unionsebene zu integrieren. Dem Unionsgericht könnte in diesem Zusammenhang auch die Funktion übertragen werden, im Fall der Anklageerhebung die Wahl des Gerichtsstandes zu überprüfen und damit ein „forum shopping“ durch den Europäischen Staatsanwalt auszuschließen.⁶¹ Dies setzt allerdings voraus, dass die Begründung einer entsprechenden Zuständigkeit von den vertraglichen Grundlagen zur Errichtung eines Fachgerichts gedeckt ist.

I. Zuständigkeit der Fachgerichte (Art. 257 AEUV)

Nach Art. 257 Abs. 1 AEUV können durch Verordnung Fachgerichte gebildet werden, die dem Gericht (EuG) beigeordnet werden und im ersten Rechtszug für bestimmte Kategorien von Klagen zuständig sind. Diese Ermächtigung geht auf den mit dem Vertrag von Nizza eingeführten Art. 225 a EGv a.F. zurück. Die Mitgliedstaaten reagierten damit auf die mit der Erweiterung der Union und der Vertiefung des Integrationsprozesses einhergehende stetige Zunahme von Streitsachen. Mit der Errichtung spezieller Kammern (Art. 225 a EGv a.F.) bzw. Fachgerichte (Art. 257 AEUV) sollte die Möglichkeit geschaffen werden, das Gericht bzw. den Gerichtshof – etwa durch die Gründung eines Gerichts für den öffentlichen Dienst der EU⁶² – zu entlasten.⁶³ Die Fachgerichte sind Teil des Gesamtorgans Gerichtshof (Art. 19 Abs. 1 S. 1 EUV).⁶⁴ Diese organisatorische Einbindung und die Funktion der Ermächtigung (Entlastung) lassen darauf schließen, dass den Fachgerichten nur bestehende Zuständigkeiten des EuGH bzw. EuG „übertragen“ werden können (vgl. Art. 256 Abs. 1 S. 1 AEUV), keineswegs aber neue Befugnisse begründet werden können.⁶⁵ Die Zuständigkeit der Unionsgerichte (einschließlich der Fachgerichte) ist somit auf die in den Verträgen vorgesehenen Fälle beschränkt (s. Art. 19 Abs. 3 lit. c EUV). Dementsprechend könnte die Zuständigkeit des EuG für den nachträglichen Rechtsschutz auf ein Fachgericht übertragen werden, soweit gegen Maßnahmen der Europäischen Staatsanwaltschaft (z.B. die Anordnung einer Beschlagnahme oder die Anklageerhebung) die Individualnichtigkeitsklage statthaft ist (Art. 263

61 Vgl. auch Art. 25bis Abs. 3 des Corpus Juris 2000; s. insoweit *C. van den Wijngaert*, Protection (Fn. 57), S. 39 f., 50, 51, 53.

62 S. den Beschluss des Rates vom 2. November 2004, ABl. EU L 333 vom 9.11.2004, S. 7.

63 S. den Zwischenbericht über die Vertragsänderungen betreffend den Gerichtshof und das Gericht erster Instanz vom 31. März 2000, Rats-Dok. 4729/00, S. 4 f.; *B. Wegener*, in: *C. Calliess/M. Ruffert*, EUV/AEUV, 4. Aufl. (2011), Art. 257 AEUV Rn. 1.

64 *B. Wegener*, in: *C. Calliess/M. Ruffert* (Fn. 60), Art. 257 AEUV Rn. 8.

65 Vgl. etwa zur Frage eines nicht entziehbaren Kerns erstinstanzlicher Zuständigkeit des EuG: *J. Sack*, Zur zukünftigen europäischen Gerichtsbarkeit nach Nizza, *EuZW* 2001, S. 77 (79 f.); *B. Wegener*, in: *C. Calliess/M. Ruffert* (Fn. 63) Art. 257 AEUV Rn. 7.

Abs. 4, Abs. 5 AEUV).⁶⁶ Demgegenüber scheidet eine fachgerichtliche Zuständigkeit aus, soweit im Rahmen des AEUV eine Zuständigkeit des EuG bzw. des EuGH für den vorbeugenden Rechtsschutz fehlt. In Ermangelung einer solchen Zuständigkeit könnte ein europäischer Ermittlungsrichter somit nicht in dieser Funktion als Fachgericht tätig werden.

II. Gerichtliche Kontrolle von „Zwangmaßnahmen“ (Art. 261 AEUV)

Eine primärrechtliche Zuständigkeit der Unionsgerichte für den vorbeugenden Rechtsschutz könnte indes möglicherweise über Art. 261 AEUV begründet werden. Danach kann dem Gerichtshof (und somit auch einem Fachgericht) durch Verordnung die Befugnis zur unbeschränkten Ermessensnachprüfung in Bezug auf die in der jeweiligen Verordnung vorgesehenen „Zwangmaßnahmen“ übertragen werden. Dies setzt zweierlei voraus: Erstens müssten die Ermittlungseingriffe der Europäischen Staatsanwaltschaft als „Zwangmaßnahmen“ angesehen werden und zweitens müsste das Verfahren der unbeschränkten Ermessensnachprüfung nicht nur den nachträglichen Rechtsschutz auf Antrag des Betroffenen, sondern auch den vorbeugenden Rechtsschutz einschließen.

Der Begriff der Zwangsmaßnahme wird in Art. 261 AEUV nicht näher definiert. Im Anschluss an Art. 103 Abs. 2 lit. a AEUV werden darunter in erster Linie Zwangsgelder und Geldbußen verstanden (vgl. Art. 31 Verordnung (EG) Nr. 1/2003); in Art. 83 Abs. 1 Unterabs. 2 Euratom-Vertrag werden aber auch andere Maßnahmen (Verwarnung, Entzug von Vorteilen oder spaltbaren Stoffen, Zwangsverwaltung) erfasst.⁶⁷ Der Begriff schließt daher Maßnahmen jeder Art ein, die auf die Erzwingung eines bestimmten Verhaltens, mithin die Durchsetzung von Handlungs- oder Duldungspflichten gerichtet sind.⁶⁸ Bei einem weiten Verständnis könnten daher auch strafprozessuale Ermittlungseingriffe in den Anwendungsbereich des Art. 261 AEUV fallen. Dafür spricht nicht nur die im deutschen Strafprozessrecht nach wie vor geläufige Bezeichnung als „Zwangmaßnahmen“,⁶⁹ sondern auch die Verwendung dieses Begriffes im Rahmen der vertraglichen Bestimmungen über die strafrechtliche Zusammenarbeit (Art. 88 Abs. 3 S. 2 AEUV), wonach Europol nicht zur

66 Man könnte erwägen, auf europäischer Ebene als Vertreter des Betroffenen einen Rechtsschutzbeauftragten zu schaffen (vgl. §§ 47a, 147 öst. StPO) und diesem die Befugnis einzuräumen, gegen die angeordnete Ermittlungsmaßnahme vor deren Vollzug Nichtigkeitsklage zu erheben. Ein solches Verfahren wäre jedoch nur für bestimmte, besonders schwerwiegende Grundrechtseingriffe (u.a. Einsatz verdeckter Ermittler, optische und akustische Überwachung) angezeigt (vgl. § 147 Abs. 1 Nr. 1–5 öst. StPO) und kommt daher als allgemeines Modell nicht in Betracht.

67 D. Boofz, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Fn. 15), Art. 229 EGV Rn 2, 5.

68 F. Schmidt, Die Befugnis des Gemeinschaftsrichters zu unbeschränkter Ermessensnachprüfung, Baden-Baden 2004, S. 75; s. auch J. Schwarze, in: ders. (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2009, Art. 229 EGV Rn. 1.

69 S. etwa W. Beulke, Strafprozessrecht, 11. Aufl., Heidelberg 2010, S. 143; H.-H. Kühne, Strafprozessrecht, 8. Aufl., Heidelberg 2010, S. 248; F.-C. Schroeder/T. Verrel, Strafprozessrecht, 5. Aufl., München 2011, S. 70; K. Volk, Grundkurs StPO, 7. Aufl., München 2010, S. 53.

Anwendung von Zwangsmaßnahmen (d.h. polizeilicher Ermittlungseingriffe)⁷⁰ befugt ist, sondern dies ausschließlich den zuständigen nationalen Polizeibehörden vorbehalten ist. Dabei ist allerdings einzuräumen, dass die in Art. 88 und Art. 261 AEUV verwendeten Begrifflichkeiten nur in der deutschen Fassung übereinstimmen.⁷¹ Die teleologische Auslegung legt indes ebenfalls ein weites Verständnis nahe, denn der Sinn und Zweck des Art. 261 AEUV besteht darin, dem Bürger gegenüber besonders eingriffsintensiven Maßnahmen effektiven Rechtsschutz zu gewähren, indem die gerichtliche Kontrolle auch auf die Zweckmäßigkeit und Angemessenheit der Maßnahme ausgedehnt wird.⁷² Ein entsprechendes Bedürfnis für einen umfassenden Rechtsschutz ließe sich *a fortiori* auch für die von der Europäischen Staatsanwaltschaft angeordneten Ermittlungsmaßnahmen begründen. Allerdings erscheint eine uneingeschränkte Kontrolle der Zweckmäßigkeit von Ermittlungsmaßnahmen mit der Stellung der Staatsanwaltschaft als „Herrin des Ermittlungsverfahrens“ nur schwer vereinbar.⁷³ Diesen Bedenken könnte jedoch dadurch Rechnung getragen werden, dass man die ermittlungstaktische Zweckmäßigkeit von der „uneingeschränkten Nachprüfung“ ausnimmt: Art. 261 AEUV enthält keine Verpflichtung, sondern eine Ermächtigung, von der Rat und Parlament auch nur teilweise Gebrauch machen können.⁷⁴

Gegen eine Auslegung des Art. 261 AEUV, die auch eine Zuständigkeit zur Gewährung vorbeugenden Rechtsschutzes umfasst, lassen sich ebenfalls gewichtige Einwände erheben. Nach ihrer Entstehungsgeschichte zielt die Ermächtigung auf eine Ausdehnung der gerichtlichen Kontrollrechte („*pleine juridiction*“) im Rahmen eines auf Antrag des Betroffenen eingeleiteten Klageverfahrens.⁷⁵ Dies zeigt sich vor allem daran, dass Art. 261 AEUV überwiegend als Annex zur Nichtigkeitsklage (Art. 263

70 S. zur entsprechenden Regelung im früheren Europol-Übereinkommen: M. Böse, in: P.-C. Müller-Graff (Hrsg.), *Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*, Baden-Baden 2005, S. 165 (171 f.).

71 Vgl. die englische (Art. 261: „penalties“, Art. 88: „coercive measures“), französische (Art. 261: „sanctions“, Art. 88: „mesures de contrainte“), italienische (Art. 261: „sanzioni“, Art. 88: „misure coercitive“), niederländische (Art. 261: „sancties“, Art. 88: „dwangmiddelen“) und spanische (Art. 261: „sanciones“, Art. 88: „medidas coercitivas“) Fassung.

72 F. Schmidt, *Gemeinschaftsrichter* (Fn. 68), S. 85 f., 88.

73 S. für das deutsche Strafverfahren § 162 Abs. 2 StPO sowie BVerfGE 31, 43, 45 f.; BGHSt 15, 234, 237 f.; KG JR 1965, S. 268; K. Amelung, *Rechtsschutz* (Fn. 20), S. 28 f.; V. Erb, in: Löwe-Rosenberg, StPO, Bd. 5, 26. Aufl., Berlin et al. 2008, § 162 Rn. 44; W. Woblers, in: SK-StPO, Bd. III, 4. Aufl., Neuwied 2011, § 162 Rn. 23.

74 Völlig ausräumen lässt sich der oben genannte Einwand damit nicht, denn der eigentliche Grund für den Rückgriff auf Art. 261 AEUV läge dann nicht mehr in der Ausdehnung der Prüfungskompetenz in sachlicher Hinsicht, sondern in der Gewährleistung präventiven Rechtsschutzes.

75 S. dazu näher F. Schmidt, *Gemeinschaftsrichter* (Fn. 65), S. 70 ff.

Abs. 4 AEUV) angesehen wird.⁷⁶ Dieses Verständnis liegt auch dem bisherigen Sekundärrecht⁷⁷ und der einschlägigen Rechtsprechung⁷⁸ zu Grunde.

Die These von der Unselbständigkeit des Art. 261 AEUV steht jedoch auf brüchigem Fundament. Dem Hinweis, es bestehe ein praktisches Bedürfnis für eine zeitliche Begrenzung der Klagemöglichkeit,⁷⁹ lässt sich auch bei Annahme einer selbständigen Verfahrensart durch eine analoge Anwendung der Klagefrist (Art. 263 Abs. 6 AEUV)⁸⁰ oder durch eine entsprechende sekundärrechtliche Regelung Rechnung tragen. Für eine selbständige Verfahrensart⁸¹ sprechen demgegenüber die Regelung in einer eigenen Vertragsbestimmung und der Umstand, dass das Gericht bei der Entscheidung nicht an das Klagebegehren gebunden ist und die Sanktion unter Umständen sogar verschärfen kann (vgl. Art. 31 KartellVO).⁸² Die systematische Stellung des Art. 261 AEUV legt ebenfalls eine solche Auslegung nahe, denn dieser wird der Nichtigkeitsklage (als Annex?!) nicht nur vorangestellt, sondern zwischen den beiden Vorschriften findet sich zudem noch eine weitere Zuständigkeit für Rechtsstreitigkeiten im Bereich des geistigen Eigentums (Art. 262 AEUV), bei der es sich unzweifelhaft um eine selbständige Verfahrensart handelt.⁸³

Nun lässt sich aus der Selbständigkeit der Zuständigkeit nach Art. 261 AEUV noch nicht ableiten, dass diese auch Verfahren des vorbeugenden Rechtsschutzes einschließt. Der Wortlaut der vertraglichen Ermächtigung enthält jedoch für die sekundärrechtliche Ausgestaltung der gerichtlichen Kontrolle von Zwangsmaßnahmen keinerlei Vorgaben.⁸⁴ Die ratio der Vorschrift, effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, spricht ebenfalls für ein weites Verständnis, das über die anderweitig bestehenden Klageverfahren, insbesondere die Anfechtung belastender Rechtsakte im Rahmen der Nichtigkeitsklage, hinausgeht. So wird es unter Hinweis auf den deutschen Wortlaut des Art. 261 AEUV („Verhängung“ von Zwangsmaßnahmen) für

76 U. Ebricke, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl., München 2012, Art. 261 AEUV Rn. 3; C. Gaitanides, in: H. von der Groeben/J. Schwarze (Hrsg.), EUV/EGV, Bd. 4, 6. Aufl., Baden-Baden 2004, Art. 229 EGV Rn. 5; P. Oliver, ELR 1978, S. 3 (6).

77 Vgl. Art. 31 KartellVO vom 16.12.2002 (ABl. L 1 vom 4.1.2003, S. 1), Art. 16 Fusionskontrollverordnung vom 20.1.2004 (ABl. L 24 vom 29.1.2004, S. 1).

78 Vgl. EuGH, Rs. 193/93 (Windsurfing International), Slg. 1986, S. 611 Rn. 110.

79 P. Oliver, ELR 1978, S. 3 (6).

80 H. Schermers/D. Waelbroeck, Judicial Protection in the European Communities, 5. Aufl. (1992), § 645; s. auch H.-J. Cremer, in: C. Calliess/M. Ruffert (Fn. 63), Art. 261 AEUV Rn. 1.

81 So H. Schermers/D. Waelbroeck, Judicial Protection (Fn. 80), § 645; D. G. Valentine, The Court of Justice of the European Communities, Vol. 1 (1965), S. 286. In jüngerer Zeit wird diese Frage wegen der geringen praktischen Bedeutung nicht mehr vertieft diskutiert, vgl. die Nachweise in Fn. 76.

82 Vgl. D. G. Valentine, Court of Justice (Fn. 81), S. 286; s. auch zu objektiven Verfahren im französischen Verwaltungsrecht: F. Schmidt, Gemeinschaftsrichter (Fn. 65), S. 83, aber auch S. 195 (zum Gemeinschaftsrecht).

83 Art. 262 AEUV umfasst insbesondere auch Rechtsstreitigkeit zwischen Privaten, s. insoweit G. Sydow, Die Ausdifferenzierung des Gerichtssystems der EU, GRUR 2001, S. 689 (692 f. und passim).

84 S. insbesondere den englischen Wortlaut: „... may give the Court ... unlimited jurisdiction with regard to the penalties ...“.

möglich gehalten, auf dieser Grundlage das EU-Bußgeldverfahren als Anklageverfahren auszugestalten, in dem das Gericht auf Antrag der Kommission eine Geldbuße festsetzt, die Anordnung einer „Zwangsmassnahme“ also dem Richter „vorbehalten“ wird.⁸⁵ Vor diesem Hintergrund verliert auch der denkbare Einwand an Gewicht, nach Art. 257 Abs. 1 S. 1 AEUV könne auf ein Fachgericht nur die Zuständigkeit für „Klagen“ übertragen werden; die deutsche Terminologie ist insoweit dem sekundärrechtlich gewachsenen Bestand an Klageverfahren verhaftet, ohne dass dem eine Beschränkung der Möglichkeit zur Übertragung von Zuständigkeiten auf Fachgerichte entnommen werden könnte.⁸⁶ Dem entspricht der Wortlaut in anderen Amtssprachen, die auch objektive Verfahrensarten (wie das Vorabentscheidungsverfahren) umfassen.⁸⁷

Allerdings wäre mit einer solchen Interpretation eine erhebliche Ausweitung der bestehenden Zuständigkeiten verbunden, denn sie müsste erst recht für die Verhängung kriminalstrafrechtlicher Sanktionen gelten, so dass auch die Schaffung einer erstinstanzlichen Zuständigkeit für Strafsachen von Art. 261 AEUV gedeckt wäre – eine Konsequenz, welche weit über die Vorstellungen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit der Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft hinausgeht (vgl. Art. 86 Abs. 2 S. 2 AEUV und unten F.I.). Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass es sich bei derartigen Verfahren zur Verhängung einer Sanktion bzw. Strafe jeweils um kontradiktorische Verfahren handelt, die in weiten Teilen den bestehenden Klageverfahren entsprechen, während es sich bei dem präventiven Rechtsschutz durch Richtervorbehalte um eine Zuständigkeit handelt, welche der Unionsgerichtsbarkeit bislang weitgehend fremd ist (s. aber Art. 81 Abs. 1 Euratom-Vertrag).

Gleichwohl entspricht eine weite „rechtsschutzfreundliche“ Auslegung am Ehesten der ratio des Art. 261 AEUV, die gerichtliche Kontrolle bei besonders eingriffintensiven Maßnahmen auszudehnen. Dabei ist einzuräumen, dass dieser Rechtsschutz grundsätzlich auch von den nationalen Gerichten gewährt werden kann (vgl. Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV). Der Verweis auf die nationale Gerichtsbarkeit vernachlässigt jedoch den Umstand, dass es im vorliegenden Zusammenhang um Rechtsschutz gegen eine supranationale Strafverfolgungsbehörde geht. Die gerichtliche

85 S. die Forderung von *J. Schwarze*, Rechtsstaatliche Defizite des europäischen Kartellbußgeldverfahrens, WuW 2009, S. 6 (11); eingehend *J. Schwarze/R. Bechtold/W. Bosch*, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft (2008), S. 75 ff., 77 (abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/consultations/2008_regulation_1_2003/gleiss_lutz_de.pdf); s. auch allgemein zur Verhängung von Sanktionen durch den Gerichtshof: *D. Boos*, in: *E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim* (Fn. 15), Art. 261 AEUV Rn. 8; *H.-J. Cremer*, in: *C. Calliess/M. Ruffert* (Fn. 63), Art. 261 AEUV Rn. 5; *C. Gaitanides*, in: von der H. Groeben/J. Schwarze (Fn. 73), Art. 229 EGV Rn. 14; a.A. aufgrund des engeren Wortlauts der Fassung in den anderen Amtssprachen: *F. Schmidt* (Fn. 68), S. 195.

86 Zur inhaltlichen Offenheit der in Art. 257 AEUV enthaltenen Delegationsbefugnis: *B. Wegener*, in: *C. Calliess/M. Ruffert* (Fn. 63), Art. 257 AEUV Rn. 1.

87 S. den englischen („actions or proceedings“), französischen („recours“), italienischen („ricorso“) und spanischen („recurso“) Wortlaut; vgl. dagegen die niederländische Fassung („beroepen“).

Kontrolle von Organen und Einrichtungen der Union obliegt grundsätzlich den Unionsgerichten, da diesen die Aufhebung der angefochtenen Rechtsakte vorbehalten ist.⁸⁸ Zwar ist es denkbar, auch den nationalen Gerichten – beschränkt auf ihr Hoheitsgebiet – eine solche Verwerfungskompetenz zuzugestehen, wenn sich effektiver Rechtsschutz auf andere Weise nicht gewährleisten lässt.⁸⁹ Der EuGH hat diese Lösung jedoch bislang zurückgewiesen⁹⁰ und stattdessen die bestehenden Kompetenzen des Gerichtshofes im Wege der Rechtsfortbildung erweitert, soweit dies für die Gewährung effektiven Rechtsschutzes erforderlich war.⁹¹ So hat das Gericht ungeachtet der in Art. 230 Abs. 1 EGV vorgesehenen Beschränkung der Klagegegner (Gemeinschaftsorgane und EZB) auch die Individualnichtigkeitsklage gegen Maßnahmen einer Gemeinschaftsagentur für zulässig gehalten und sich dabei auf den Grundsatz gestützt, dass jede Handlung einer Gemeinschaftseinrichtung, die Rechtswirkungen gegenüber Dritten entfaltet, gerichtlich anfechtbar sein muss.⁹² Für diese Zuständigkeitsweiterung ist nunmehr mit dem Reformvertrag von Lissabon eine ausdrückliche Grundlage im Vertrag geschaffen worden (Art. 263 Abs. 5 AEUV); zugleich wurde der von der Rechtsprechung entwickelte Grundsatz damit bestätigt. Wie die Regelung in Art. 81 Abs. 1 Euratom-Vertrag zeigt, können diese Erwägungen ohne Weiteres auf den präventiven Rechtsschutz übertragen werden:⁹³ Sind die nationalen Gerichte ungeeignet, Rechtsschutz gegen Maßnahmen einer supranationalen Einrichtung zu gewähren, so gilt dies auch für die präventive Kontrolle der Zulässigkeit von Ermittlungseingriffen einer Europäischen Staatsanwaltschaft. In beiden Konstellationen geht es um die Zuständigkeit des Gerichtshofes, die Rechtmäßigkeit der betreffenden Maßnahme zu überprüfen und damit seinen Rechtsschutzauftrag zu erfüllen.⁹⁴

III. Zwischenergebnis

Nach alledem könnte ein Europäischer Ermittlungsrichter auf der Grundlage des Art. 257 errichtet werden. Dessen Zuständigkeit für die präventive Überprüfung und Genehmigung strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen könnte auf eine extensive Auslegung des Art. 261 AEUV gestützt werden. Angesichts der oben dargelegten Einwände, denen eine solche Auslegung ausgesetzt ist, soll im Folgenden untersucht

88 EuGH; Rs. 314/85 (Foto Frost), Slg. 1987, S. 4199 (Rn. 17).

89 S. zur Überprüfung von Rechtsakten der dritten Säule: *Generalanwalt Mengozzi*, in: EuGH, Rs. C-354/04 (Gestoras Pro Amnistia), Slg. 2007, I-1579 Rn. 121 ff.

90 EuGH, Rs. C-354/04 (Gestoras Pro Amnistia), Slg. 2007, I-1579 Rn. 53 ff.

91 EuGH, Rs. 94/83 (Les Verts), Slg. 1986, S.1339 Rn.23 (Passivlegitimation des Parlaments); Rs. C-70/88 (Tschernobyl), Slg. 1990, I-2041 Rn. 23 (Aktivlegitimation des Parlaments); Rs. C-354/04 (Gestoras Pro Amnistia), Slg. 2007, I-1579 (Rechtsschutz gegen Rechtsakte der dritten Säule).

92 EuG, T-411/06 (Sogelma), Slg. 2008, II-2771 (Rn. 37).

93 Für eine Analogie zu Art. 81 Euratom-Vertrag: *M. Dallmann*, Richtervorbehalt (Fn. 43), S. 203 f.; s. auch *GA Mischo*, in: Verb. Rs. 46/87 und 227/88, Slg. 1989, S. 2859 Rn. 151 f.

94 Vgl. auch *M. Dallmann*, Richtervorbehalt (Fn. 43), S. 202 f. (unter Hinweis auf Art. 164 EGV).

werden, ob sich ein Europäischer Ermittlungsrichter auch auf einer anderen vertraglichen Grundlage errichten lässt.⁹⁵

F. Errichtung im Rahmen der Verordnung zur Gründung der Europäischen Staatsanwaltschaft

Sieht man den Weg über die Gründung eines Fachgerichts nicht als tragfähig an, so bleibt der Rückgriff auf Art. 86 Abs. 3 AEUV: Da die Aufgabe des Ermittlungsrichters in der Kontrolle der Europäischen Staatsanwaltschaft bestehen soll, liegt es nahe, auf die insoweit einschlägige vertragliche Grundlage zurückzugreifen. Nach Art. 86 Abs. 3 AEUV legt die mit der Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft zu erlassende Verordnung u.a. „die Regeln ... für die gerichtliche Kontrolle der von der Europäischen Staatsanwaltschaft bei der Erfüllung ihrer Aufgaben vorgenommenen Prozesshandlungen fest.“ Mit dem Begriff der „gerichtlichen Kontrolle“⁹⁶ wird nicht nur der gerichtliche Rechtsschutz auf Antrag des Betroffenen (vgl. Art. 47 GRC), sondern auch der vorbeugende Rechtsschutz durch Richtervorbehalte umfasst. Dies entspricht dem weiten Verständnis, dem die Kommission in ihrem Grünbuch gefolgt ist. Danach soll durch eine gerichtliche Kontrolle zweierlei gewährleistet werden: die Überprüfung und Genehmigung der von der Europäischen Staatsanwaltschaft angeordneten Ermittlungseingriffe und die Kontrolle der Anklageerhebung.⁹⁷ Wollte man die Reichweite der vertraglichen Ermächtigung auf den nachträglichen Rechtsschutz (die Nichtigkeitsklage) beschränken, so wäre die auf die gerichtliche Kontrolle bezogene Rechtssetzungskompetenz letztlich überflüssig, denn die Anwendbarkeit der einschlägigen Klageart (und die Möglichkeit einer Modifikation) ergibt sich bereits aus den allgemeinen Bestimmungen über den Rechtsschutz (vgl. Art. 263 Abs. 4, 5 AEUV). Die Ermächtigung nach Art. 86 Abs. 3 AEUV umfasst damit auch Verfahren zur Gewährleistung vorbeugenden Rechtsschutzes. Von der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung der Richtervorbehalte nicht zu trennen ist die Frage, welches Gericht für die Genehmigung von Ermittlungseingriffen zuständig sein soll. Es ist daher grundsätzlich Sache des europäischen Gesetzgebers, auch den für den vorbeugenden Rechtsschutz zuständigen Spruchkörper festzulegen. Dies gilt jedoch nicht, soweit sich dem Primärrecht Vorgaben für die Zuständigkeitsverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten (I.) oder zwischen den Organen bzw. Institutionen der Union (II.) entnehmen lassen.

95 Die Frage, ob über Art. 86 AEUV hinaus unter Umständen auf die Ermächtigung nach Art. 352 AEUV zurückgegriffen werden kann bzw. sollte, muss an dieser Stelle offen bleiben, vgl. insoweit *H. Krämer*, Rechtsschutz im EG-Eigenverwaltungsrecht zwischen Einheitlichkeit und sektorieller Ausdifferenzierung, Berlin 2007, S. 76 ff.

96 Vgl. auch die englische („judicial review“), französische („contrôle juridictionnel“), italienische („controllo giurisdizionale“), niederländische („rechterlijke toetsing“) und spanische („control jurisdiccional“) Fassung.

97 S. das Grünbuch, KOM (2001) 715 endg., S. 66.

I. Exklusive Zuständigkeit der nationalen Gerichte?

Die Schaffung eines Europäischen Ermittlungsrichters im Wege einer Verordnung ist ausgeschlossen, sofern das Primärrecht die Aufgabe der gerichtlichen Kontrolle den nationalen Gerichten überträgt. Eine solche Aussage könnte Art. 86 Abs. 2 S. 2 AEUV entnommen werden. Danach nimmt die Europäische Staatsanwaltschaft „vor den zuständigen Gerichten der Mitgliedstaaten die Aufgaben der Staatsanwaltschaft wahr“. Diese Formulierung deutet darauf hin, dass ausschließlich die nationalen Gerichte für die gerichtliche Kontrolle der Europäischen Staatsanwaltschaft zuständig sind.

Eine solche Auslegung trägt jedoch dem Kontext der Regelung nicht ausreichend Rechnung: Art. 86 Abs. 2 AEUV regelt die Zuständigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft, nicht diejenige der nationalen Gerichte. So werden zunächst die Aufgaben der Europäischen Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren („strafrechtliche Untersuchung und Verfolgung sowie die Anklageerhebung“) festgelegt (Art. 86 Abs. 2 S. 1 AEUV). Mit dem anschließenden Satz wird im Vertrag festgeschrieben, dass die Europäische Staatsanwaltschaft auch am anschließenden Hauptverfahren („vor“ dem nationalen Gericht) die Aufgaben der Staatsanwaltschaft wahrnimmt. Indem der Europäischen Staatsanwaltschaft vor den nationalen Gerichten Aufgaben zugewiesen werden, wird jedoch keineswegs notwendig eine ausschließliche Zuständigkeit der nationalen Gerichte begründet. Die Notwendigkeit einer solchen Regelung beruht lediglich auf dem Umstand, dass das gerichtliche Verfahren zumindest auch vor den nationalen Gerichten stattfindet. Für das Hauptverfahren ergibt sich dies daraus, dass eine Europäische Strafgerichtsbarkeit bislang nicht geschaffen worden ist; demgegenüber zwingt Art. 86 Abs. 2 S. 2 AEUV nicht zu der Schlussfolgerung, dass eine (konkurrierende) Strafgerichtsbarkeit der Union ausgeschlossen ist.⁹⁸

Jedenfalls für das Ermittlungsverfahren lässt sich Art. 86 Abs. 2 S. 2 AEUV keine ausschließliche Zuständigkeit der nationalen Gerichte entnehmen. Der Zusammenhang der Regelung mit der Anklageerhebung wird insbesondere durch die Entstehungsgeschichte des Art. 86 Abs. 2 S. 2 AEUV belegt, der sich in den Konventsberatungen zunächst auf die Zuständigkeit für die Anklageerhebung vor den nationalen Gerichten beschränkte⁹⁹ und erst kurz vor dem Abschluss der Beratungen durch die

98 Allerdings lässt die Entstehungsgeschichte des Art. 86 AEUV einen solchen Rückschluss zu, da sich ein entsprechender Änderungsantrag (Anklageerhebung „vor den zu diesem Zweck bezeichneten Gerichten“) bei den Beratungen im Konvent nicht durchsetzen konnte, vgl. die Reaktionen auf den Textentwurf, CONV 821/03 (27.6.2003), S. 94 (Änderungsantrag *de Vries*); s. auch sogleich im Text.

99 S. den Entwurf eines Vertrages über eine Verfassung für Europa, CONV 727/03 (27.5.2003), S. 34, 46 (Art. III-170 Abs. 2 S. 2).

heutige Fassung ersetzt worden ist.¹⁰⁰ Diese Änderung dürfte von der Absicht getragen sein, der Europäischen Staatsanwaltschaft nicht nur im Hinblick auf die Anklageerhebung, sondern auch für das anschließende Hauptverfahren die Stellung eines Prozessbeteiligten zu geben, wie es auch der Konzeption des Grünbuchs entspricht.¹⁰¹ Für einen darüber hinausgehenden, auch das Ermittlungsverfahren umfassenden Regelungsgehalt, fehlt in den Materialien jeder Anhaltspunkt; die kurze Frist, in der die Änderung vorgenommen wurde (neun Tage), spricht vielmehr dafür, dass die ursprüngliche Regelung präzisiert werden sollte, ohne die Grundkonzeption der Vorschrift zu verändern.

II. Rechtsprechungsmonopol des Gerichtshofes?

Mit einem europäischen Ermittlungsrichter würde auf Unionsebene neben dem Gerichtshof und dem Gericht eine weitere Rechtsschutzinstanz geschaffen, die im Primärrecht nicht vorgesehen ist. Sofern man die vertraglichen Grundlagen über die Unionsgerichte und ihre Zuständigkeiten als abschließende Regelung begreift, wäre die sekundärrechtliche Errichtung eines weiteren Unionsgerichts qua Primärrecht ausgeschlossen. Dafür spricht insbesondere der Umstand, dass die Mitgliedstaaten im Vertrag Möglichkeit geschaffen haben, unter dem Dach des Gerichtshofes spezialisierte Fachgerichte zu errichten (Art. 257 AEUV); einer solchen Vorschrift hätte es nicht bedurft, wenn die für den jeweiligen Politikbereich bestehende vertragliche Ermächtigung ausreichte.¹⁰² So ging auch die Kommission in ihrem Grünbuch davon aus, dass eine europäische Vorverfahrenskammer nur nach einer Vertragsänderung errichtet werden könnte.¹⁰³

Nun zeigt bereits Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV, dass die Zuständigkeit der Unionsgerichte nicht abschließend ist, indem er den Mitgliedstaaten die Verpflichtung auferlegt, einen wirksamen Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen zu gewährleisten. Allerdings lässt diese Bestimmung noch keine Rückschlüsse auf die Zulässigkeit einer Erweiterung der Zuständigkeiten der Unionsgerichte zu, sondern sie bestätigt vielmehr den Grundsatz, der in dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung zum Ausdruck kommt: Soweit dem Gerichtshof keine entsprechende Zuständigkeit übertragen worden ist, obliegt es den Mitgliedstaaten, über inner-

100 S. den Entwurf eines Vertrages über eine Verfassung für Europa, CONV 850/03 (18.7.2003), S. 140 (Art. III-175 Abs. 2 S.2); s. dagegen noch CONV 802/03 (12.6.2003), S. 101; CONV 836/03 (27.6.2003), S. 87; CONV 847/03 (8.7.2003), S. 85; CONV 848/03 (9.7.2003), S. 85.

101 Im Grünbuch wird dies nur indirekt erkennbar, s. etwa zur Befugnis der Europäischen Staatsanwaltschaft, gegen einen Freispruch Rechtsmittel einzulegen: KOM (2001) 715 endg., S. 80. Dass die Stellung der Europäischen Staatsanwaltschaft als Beteiligte im Hauptverfahren nicht näher dargelegt wird (a.a.O., S. 60 ff.), dürfte einer der Gründe für das Fehlen einer entsprechenden Bestimmung im Verfassungsvertrag sein.

102 Vgl. *H. Jung*, Gemeinschaftsmarke und Rechtsschutz, in: O. Due u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Everling*, Baden-Baden 1995, S. 611 (612).

103 S. das Grünbuch, KOM (2001) 715 endg., S. 69.

staatliche Rechtsbehelfe vor den nationalen Gerichten für einen effektiven Rechtsschutz Sorge zu tragen.¹⁰⁴ Die Einwände, auf die eine Zuständigkeit nationaler Gerichte für die Kontrolle einer supranationalen Strafverfolgungsbehörde stieße, wurden bereits dargelegt (s.o. D.II.). Im vorliegenden Zusammenhang geht es indes nicht um die Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten, sondern um die Frage, ob die Aufgabe der Rechtsprechung in der Union ausschließlich dem Gerichtshof (Art. 19 EUV) zugewiesen ist oder nach Maßgabe des Sekundärrechts auch anderen Einrichtungen der Union übertragen werden kann.

Der EuGH hat in seinem ersten EWR-Gutachten die „ausschließliche Zuständigkeit des Gerichtshofes“ für die Wahrung des Gemeinschafts- bzw. Unionsrechts hervorgehoben.¹⁰⁵ Die Gründung eines EWR-Gerichtshofes, dem u.a. die Zuständigkeit übertragen wird, über die Kompetenzverteilung zwischen der (damaligen) Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten zu entscheiden, wurde als unvereinbar mit dieser Zuständigkeit des Gerichtshofes und mit der Autonomie der Gemeinschaftsrechtsordnung angesehen.¹⁰⁶ Diese Vorgaben schließen es jedoch nicht von vornherein aus, andere Gerichte mit der Anwendung und Auslegung des Unionsrechts zu befassen. Wie aus dem zweiten EWR-Gutachten deutlich wird, zielt die „Ausschließlichkeit“ der Zuständigkeit vielmehr darauf ab, dass der Gerichtshof in letzter Instanz über die Auslegung (und Gültigkeit) des Unionsrechts entscheidet und seine Entscheidungen innerhalb der Union verbindlich sind.¹⁰⁷ In dieses Verständnis fügt sich die Rolle der Gerichte der Mitgliedstaaten als „Unionsgerichte“ (vgl. oben zu Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV) nahtlos ein. Die Aufgabe des Gerichtshofes, die einheitliche Auslegung und Anwendung des Unionsrechts zu gewährleisten,¹⁰⁸ wird jedoch durch die Kontrollfunktion eines europäischen Ermittlungsrichters nicht angetastet, solange gewährleistet ist, dass der Ermittlungsrichter seinerseits der gerichtlichen Kontrolle des Gerichtshofes unterliegt, indem seine Entscheidungen mit einem Rechtsmittel angefochten werden können, über das der Gerichtshof (i.e.S.), das Gericht oder ein

104 D. Classen, in: R. Schulze/M. Zuleeg/S. Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht*, 2. Aufl., Baden-Baden 2010, § 4 Rn. 4.

105 EuGH, Gutachten 1/91 vom 14.12.1991, Slg. 1991, I-6099 (Rn. 35).

106 EuGH (Fn. 105), Rn. 35 f.

107 EuGH, Gutachten 1/92, Slg. 1992, I-2838 (Rn. 22 ff., 33 f.); s. bereits Gutachten 1/91, Slg. 1991, I-6099 (Rn. 61 ff.).

108 S. statt vieler J. Schwarze, in: ders. (Fn. 68), Art. 220 EGV Rn. 3.

Fachgericht entscheidet.¹⁰⁹ Der Gerichtshof bleibt in diesem Fall das für die Auslegung und Anwendung des Unionsrechts maßgebliche Organ.¹¹⁰

Weitergehende Bedenken gegen einen europäischen Ermittlungsrichter könnten nur erhoben werden, wenn man die vertraglichen Bestimmungen über den gerichtlichen Rechtsschutz (Art. 19 EUV, Art. 251 ff. AEUV) als – zumindest im Hinblick auf die Unionsgerichtsbarkeit – abschließende Regelung begreift, welche die Gründung einer zusätzlichen Rechtsschutzinstanz ausschließt.¹¹¹ Ein solches Verständnis ginge jedoch über die rechtstatsächliche Entwicklung im Bereich der Unionsagenturen hinweg, für die der Unionsgesetzgeber eigenständige Rechtsschutzmechanismen geschaffen hat.¹¹² So ist insbesondere in der strafrechtlichen Zusammenarbeit bei der Errichtung von Europol und Eurojust innerhalb der jeweiligen Einrichtung eine gemeinsame Kontrollinstanz geschaffen worden, die über Beschwerden gegen die Verarbeitung personenbezogener Daten entscheidet und den Betroffenen auf diese Weise Rechtsschutz gewährt.¹¹³ In anderen Politikbereichen sind in der jeweiligen Agentur interne Beschwerdekammern eingerichtet worden, bei denen die Betroffenen einen Rechtsbehelf einlegen können und deren Entscheidungen mit der Individualnichtigkeitsklage (Art. 263 Abs. 4, 5 AEUV) angefochten werden können.¹¹⁴ Zwar bleibt das Verfahren vor der gemeinsamen Kontrollinstanz bei Europol bzw. Eurojust hinter den Anforderungen an einen gerichtlichen Rechtsschutz zurück.¹¹⁵ Derartige Defizite bestehen jedoch nicht bei den verwaltungsinternen Rechtsschutzmechanismen anderer Agenturen, deren Beschwerde- bzw. Widerspruchskammern in puncto Unabhängigkeit, Weisungsfreiheit und Unparteilichkeit den Anforderungen an ein Gericht genügen und dementsprechend von Teilen des Schrifttums als „Gericht“ ange-

109 D. Fischer-Appelt, Agenturen der EG, Berlin 1999, S. 128; M. Hilf, Die Organisationsstruktur der Europäischen Gemeinschaften, Heidelberg 1982, S. 351; H. Krämer, Rechtsschutz (Fn. 95), S. 91; T. Siegel, Die Widerspruchskammer im System des europäischen Verwaltungsrechtsschutzes, EuZW 2008, S. 141; s. auch A. von Mühlendahl, Rechtsmittel gegen Entscheidungen des Harmonisierungsamts, in: J. Straus (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Karl Beier, Köln et al. 1996, S. 303 (306).

110 Diese Zuständigkeit des Gerichtshofes (i.w.S.) ist nicht auf Rechtsfragen beschränkt, sondern schließt die Überprüfung der angegriffenen Entscheidung in tatsächlicher Hinsicht ein, s. insoweit M. Klepper, Vollzugskompetenzen der EG aus abgeleitetem Recht, Baden-Baden 2001, S. 157 ff.

111 Vgl. H. Jung, Gemeinschaftsmarke (Fn. 102), S. 613; M. Klepper (Fn. 110), S. 157.

112 H. Krämer, Rechtsschutz (Fn. 95), S. 77.

113 Art. 23 Abs. 7 und 8 Eurojust-Beschluss (ABl. L 63 vom 6.3.2002, S. 1); Art. 32 Europol-Beschluss (ABl. L 121 vom 15.5.2009, S. 37).

114 S. die Beschwerdekammern beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Art. 130 ff. Verordnung [EG] Nr. 40/94 vom 20.12.1993, ABl. L 11 vom 14.1.1994, S. 1), beim gemeinsamen Sortenamts (Art. 46 ff. Verordnung [EG] Nr. 2100/94 vom 27.7.1994, ABl. L 227 vom 1.9.1994, S. 1) und der Europäischen Agentur für Flugsicherheit (Art. 31 ff. Verordnung [EG] Nr. 1592/2002 vom 15.7.2002, ABl. L 240 vom 7.9.2002, S. 1) sowie die Widerspruchskammer bei der Europäischen Agentur für Chemikalien (Art. 89 ff. Verordnung [EG] Nr. 1907/2006 vom 18.12.2006, ABl. L 396 vom 30.12.2006, berichtigte Fassung ABl. L 136 vom 29.5.2007, S. 3); s. dazu J. Saurer, Individualrechtsschutz gegen das Handeln der Europäischen Agenturen, EuR 2010, S. 51 (56 ff.); T. Siegel, Widerspruchskammer (Fn. 109), S. 141 ff.

115 S. zur Kritik die Nachweise in Fn. 1.

sehen werden.¹¹⁶ Das EuG hat dieser Einordnung der Beschwerdekammern aufgrund ihrer organisatorischen Eingliederung in die jeweilige Agentur widersprochen.¹¹⁷ Dementsprechend werden sie auch im Schrifttum als lediglich „quasi-richterliche Instanz“ bezeichnet, um einen anderenfalls drohenden Verstoß gegen die primärrechtliche Gerichtsverfassung der Union zu vermeiden.¹¹⁸ Betrachtet man demgegenüber die Kriterien, nach denen der EuGH einen innerstaatlichen Spruchkörper als vorlageberechtigtes „Gericht“ (Art. 267 Abs. 2 AEUV) qualifiziert, wären auch die Beschwerdekammern als Gericht einzuordnen.¹¹⁹ Dies legt es nahe, den organisatorischen Rahmen nur insoweit zu berücksichtigen, als er die Wahrnehmung von Rechtsprechungsaufgaben ermöglicht bzw. beeinträchtigt, und die Einordnung als Gericht in erster Linie von materiellen Voraussetzungen abhängig zu machen.¹²⁰ In jedem Fall wäre es aber nach der vorgenannten Auffassung zulässig, präventiven Rechtsschutz durch einen europäischen Ermittlungsrichter vorzusehen, der organisatorisch „unter dem Dach“ der Europäischen Staatsanwaltschaft angesiedelt ist, zugleich aber gegenüber dem Behördenleiter in vollem Maße Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit genießt.

Den vertraglichen Bestimmungen über die Unionsgerichtsbarkeit ist daher kein Rechtsschutzmonopol des Gerichtshofes zu entnehmen,¹²¹ das präventiven Rechtsschutz durch einen europäischen Ermittlungsrichter ausschließt. Die Entwicklung des Rechtsschutzes im Bereich der Agenturen zeigt vielmehr, dass die Gewährung von Rechtsschutz auf Unionsebene nicht allein dem Gerichtshof vorbehalten ist.¹²² Die neuen verwaltungsinternen Rechtsschutzverfahren sind Folge der zunehmenden

116 So A. Bender, Die Beschwerdekammern des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt im Gemeinschaftsmarkensystem, MarkenR 1999, S. 11 (16); ders., in: F. L. Ekey/D. Klippel (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zum Markenrecht, Heidelberg 2003, Art. 130, 131 MarkenVO Rn. 6ff.; H. Krämer, Rechtsschutz (Fn. 95), S. 90 ff.; s. auch T. Siegel, Widerspruchskammer (Fn. 109), S. 141.

117 EuG, Rs. T-63/01 (Procter & Gamble), Slg. 2002, II-5255 (Rn. 19 ff.) – zu Art. 6 Abs. 1 EMRK.

118 H. Jung, Gemeinschaftsmarke (Fn. 102), S. 613 f.; s. auch A. von Mühlendahl, Rechtsmittel (Fn. 109) S. (306 („quasi-jurisdiktionell“); B. Wegener, in: C. Calliess/M. Ruffert (Fn. 63), Art. 19 EUV Rn. 7 („außergerichtlich“). Zum Teil wird aber auch ungeachtet der Einordnung der Beschwerdekammern die Gründung eines organisatorisch verselbständigten Gerichts für zulässig gehalten, s. D. Fischer-Appelt (Fn. 109), S. 129 (130).

119 A. Bender, in: F. L. Ekey/D. Klippel (Fn. 116), Art. 130, 131 MarkenVO Rn. 9; vgl. insoweit EuGH, Rs. C-54/96 (Dorsch Consult), Slg. 1997, I-4961 (Rn. 22 ff.); Rs. C-516/99 (Schmid), Slg. 2002, I-4573 (Rn. 34 ff.).

120 S. zu Art. 6 Abs. 1 EMRK: H. Krämer, Rechtsschutz (Fn. 95), S. 92, mit Hinweis auf EGMR EuGRZ 1985, S. 336 (339); E. Schmidt-Aßmann, in: F. Schoch/E. Schmidt-Aßmann/R. Pietzner (Hrsg.), VwGO, 22. Aufl., München 2011, Einleitung Rn. 137. Die funktionale Vergleichbarkeit zeigt sich nicht zuletzt darin, dass im Schrifttum davon ausgegangen wird, dass sich die Beschwerdekammern zu einer Fachgerichtsbarkeit entwickeln werden, s. B. Wegener, in: C. Calliess/M. Ruffert (Fn. 63), Art. 19 EUV Rn. 7.

121 T. Siegel, Widerspruchskammer (Fn. 109), S. 143; s. auch M. Hilf (Fn. 109), S. 349.

122 T. Siegel, Widerspruchskammer (Fn. 109), S. 143; s. zu alternativen Rechtsschutzmechanismen (Bürger- und Datenschutzbeauftragte, Grundrechte-Agentur etc.): S. Eckhardt, Die Akteure des außergerichtlichen Grundrechtsschutzes in der EU, Frankfurt et al. 2010, S. 105 ff. und (zur im Hinblick auf den gerichtlichen Rechtsschutz ergänzenden Funktion) S. 463 f.

Delegation von Verwaltungsaufgaben von der Kommission auf die Agenturen.¹²³ Sieht man in dieser Aufgabenverlagerung keine Störung des institutionellen Gleichgewichts,¹²⁴ so wäre es widersprüchlich, die Schaffung entsprechender (interner) Rechtsschutzmechanismen als Übergriff in die Zuständigkeiten des Gerichtshofes abzulehnen; insbesondere wird der „Funktionskern“ des Gerichtshofes durch einen europäischen Ermittlungsrichter nicht angetastet.¹²⁵ Darüber hinaus hat der EuGH auch im Hinblick auf seine eigenen Zuständigkeiten die vertraglichen Bestimmungen nicht als abschließend angesehen, sondern deren Erweiterung im Wege der Rechtsfortbildung (s.o. E.II.) oder durch die sekundärrechtliche Übertragung weiterer Zuständigkeiten als mit dem Primärrecht vereinbar angesehen (vgl. nunmehr Art. 263 Abs. 5 AEUV).¹²⁶ Unter der Voraussetzung, dass die einheitliche Auslegung durch den Gerichtshof gewahrt bleibt (s.o.), ließe sich auf dieser Grundlage auch die Einrichtung neuer gerichtlicher Spruchkörper qua Sekundärrecht rechtfertigen.¹²⁷ Das Spannungsverhältnis zu den besonderen Ermächtigungsgrundlagen (Art. 257, 262 AEUV) lässt sich mit dieser Auslegung nicht vollständig auflösen. Im Hinblick auf Art. 86 Abs. 3 AEUV erscheinen diese Bedenken indes weniger schwerwiegend, weil sich die vertragliche Ermächtigung – im Unterschied zu Art. 85 und Art. 88 AEUV und den für die Gründung anderer Agenturen einschlägigen Grundlagen – ausdrücklich auch auf die gerichtliche Kontrolle von Maßnahmen der Europäischen Staatsanwaltschaft erstreckt (s.o. vor I.). Angesichts dieser Regelung wäre es kaum nachvollziehbar und mit der ratio der Ermächtigung nicht vereinbar, den präventiven Rechtsschutz – wie bei Europol und Eurojust – mit Rücksicht auf die Zuständigkeiten des Gerichtshofes auf eine Kontrolle zu beschränken, die hinter den Anforderungen an einen gerichtlichen Rechtsschutz zurückbleibt.

III. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass auf der Grundlage des Art. 86 Abs. 3 AEUV ein europäischer Ermittlungsrichter geschaffen werden kann, der die von einer Europäischen Staatsanwaltschaft angeordneten Ermittlungseingriffe auf ihre Rechtmäßigkeit kontrolliert und genehmigt. Der europäische Ermittlungsrichter könnte

123 J. Saurer, Individualrechtsschutz (Fn. 114), S. 56; M. Wittinger, EuR 2008, S. 609 (624).

124 S. die „Meroni-Doktrin“: EuGH, Rs. 9/56 (Meroni), Slg. 1958, S. 11 (43 ff.); Verb. Rs. C-154/04 und 155/04 (Alliance for Natural Health), Slg. 2005, I-6451 (Rn. 90); s. dazu M. Ludwigs, Das veränderte Machtgefüge der Institutionen nach dem Dritten EU-Binnenmarktpaket, DVBl 2011, S. 61 (65 f.); G. Winter, Kompetenzverteilung und Legitimation in der Europäischen Mehrebenenverwaltung, EuR 2005, S. 255 (262 f.); M. Wittinger, „Europäische Satelliten“: Anmerkungen zum Europäischen Agentur(un)wesen und zur Vereinbarkeit Europäischer Agenturen mit dem Gemeinschaftsrecht, EuR 2008, S. 609 (617 ff.).

125 Vgl. zu den Beschwerdekammern: H. Krämer, Rechtsschutz (Fn. 95), S. 94 f.

126 S. zur sekundärrechtlichen Übertragung von Zuständigkeiten: EuGH, Gutachten 1/91, Slg. 1991, I-6099 (Rn. 59); s. insoweit T. Siegel, Widersprachskammer (Fn. 109), S. 142.

127 S. zur Beschwerdekammer als Gericht und Art. 352 AEUV (Art. 308 EGV): A. Bender, in: F. L. Ekey/D. Klippel (Fn. 116), Art. 130, 131 MarkenVO Rn. 16 f.; H. Krämer, Rechtsschutz (Fn. 95), S. 77 ff.

jedoch nicht als selbständige Einrichtung der Union errichtet werden, sondern müsste organisatorisch bei der Europäischen Staatsanwaltschaft angesiedelt sein. Ungeachtet dieser institutionellen Anbindung hätte der Unionsgesetzgeber nach dem Vorbild der Beschwerdekammern dafür Sorge zu tragen, dass die persönliche und sachliche Unabhängigkeit des Ermittlungsrichters gewährleistet ist.

G. Fazit und Ausblick

Die vorstehenden Ausführungen lassen sich in zwei Kernthesen zusammenfassen:

1. Mit der Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft entsteht ein Bedürfnis für präventiven Rechtsschutz, der durch einen nationalen Ermittlungsrichter nicht gewährleistet werden kann, sondern die Schaffung eines europäischen Ermittlungsrichters erfordert.
2. Ein europäischer Ermittlungsrichter könnte auf der Grundlage der bestehenden Verträge geschaffen werden; er könnte entweder als Fachgericht dem Gericht beigeordnet werden (Art. 257 i.V.m. Art. 261 AEUV) oder unter dem Dach der Europäischen Staatsanwaltschaft angesiedelt werden (Art. 86 Abs. 3 AEUV). Unter Umständen ließen sich auch beide Ansätze miteinander kombinieren, indem man zusätzlich zu einem Ermittlungsrichter (Art. 86 Abs. 3 AEUV) eine Vorverfahrenskammer (Art. 257 AEUV) errichtet, die für Klagen gegen Entscheidungen des Ermittlungsrichters (und der Europäischen Staatsanwaltschaft)¹²⁸ zuständig ist.

Ob es zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft kommen wird, ist angesichts der hohen Hürden im Gesetzgebungsverfahren (einstimmige Beschlussfassung im Rat) nicht absehbar. Dass Art. 86 AEUV zur Rolle der Unionsgerichte schweigt,¹²⁹ präjudiziert nicht die Zuständigkeit für die Gewährung präventiven Rechtsschutzes gegen Maßnahmen der Europäischen Staatsanwaltschaft. Die weitere Diskussion sollte sich daher nicht aufgrund vermeintlicher primärrechtlicher Vorgaben auf das im Grünbuch entwickelte Rechtsschutzmodell festlegen lassen, sondern eine Lösung entwickeln, die in bestmöglicher Weise vorbeugenden Rechtsschutz gegen strafprozessuale Ermittlungseingriffe gewährleistet. Der Unionsgesetzgeber sollte aus der Debatte bei der Gründung von Europol¹³⁰ gelernt haben, dass die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren nicht als „quantité négligeable“ behandelt werden kann, sondern ein unverzichtbares Element eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens darstellt, ohne das eine supranationale Strafverfolgungsbehörde bei den Bürgern kaum auf Akzeptanz stoßen dürfte.

128 S.o. B. zur Anklageerhebung und zur Gefahr des „forum shopping“.

129 Vgl. zum Fehlen einer Regelung über den Ermittlungsrichter: K. Ligeti, in: K. Karsai/F. Nagy/Z. Szomora (Fn. 11), S. 158; vgl. auch die entsprechende Kritik am Grünbuch, a.a.O., S. 164 f., 166.

130 S. die Nachweise in Fn. 1.