

# Die Europäische Ermittlungsanordnung – Beweistransfer nach neuen Regeln?

Von Prof. Dr. Martin Böse, Bonn

Nach langen Verhandlungen haben sich Rat und Parlament auf die endgültige Fassung der Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung (RL EEA) geeinigt und diese verabschiedet.<sup>1</sup> Die Richtlinie ersetzt gleichermaßen bestehende sekundärrechtliche Rechtsakte zur Umsetzung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung (u.a. die Europäische Beweisverordnung<sup>2</sup>) und die bisher geltenden völkerrechtlichen Grundlagen der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit (EU-Rechtshilfe-Übereinkommen<sup>3</sup>) und schafft einen einheitlichen Rechtsrahmen für den strafprozessualen Beweistransfer zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union.<sup>4</sup> Die Überwindung der „Rechtszersplitterung“<sup>5</sup> in unterschiedliche Regelungen für einzelne Instrumente einerseits (z.B. Sicherstellung und Beschlagnahme<sup>6</sup>) und unterschiedliche rechtliche Handlungsformen (Rahmenbeschluss, Übereinkommen) andererseits ist für sich genommen sicherlich ein wichtiger Schritt; letztlich wird für die Bewertung des neuen Instruments aber maßgeblich sein, ob die in der Richtlinie enthaltenen Regelungen, insbesondere der vom Parlament durchgesetzten Änderungen der Kritik wirksam begegnen, dass mit der Europäischen Ermittlungsanordnung rechtsstaatliche und grundrechtliche Garantien nivelliert bzw. preisgegeben würden.<sup>7</sup> Diese Kritik schließt einerseits an die seit der Einführung des Europäischen Haftbefehls geführte Diskussion um

das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung an<sup>8</sup>, greift aber andererseits in dem vorliegenden Zusammenhang das intricate Problem auf, dass die Erhebung und die Verwertung eines Beweises im Strafverfahren in einem unmittelbaren und funktionalen Zusammenhang stehen und die Anwendung unterschiedlicher Regeln auf die Erhebung einerseits und die Verwertung andererseits dadurch zu besonderen Verwerfungen führen kann.<sup>9</sup>

Der folgende Beitrag geht diese Fragen in drei Schritten an. Ausgangspunkt sind dabei zunächst einige Vorüberlegungen zum Schutz subjektiver Rechte im Rahmen der grenzüberschreitenden Strafverfolgung durch nationales und/oder supranationales Recht (I.). Sodann wird erörtert, ob und inwieweit die Europäische Ermittlungsanordnung als neues Instrument zur transnationalen Beweiserhebung diesen Schutz gewährleistet (II.) und abschließend über die Regelungen zum Rechtsschutz eine Brücke zur Begründung transnationaler Verwertungsverbote geschlagen (III.).

## I. Der Schutz individueller Rechte im Rahmen grenzüberschreitender Strafverfolgung

In der Europäischen Union werden Strafverfahren nach wie vor vor nationalen Gerichten durchgeführt. Der Schutz der Grund- und Verfahrensrechte des Beschuldigten bei der Beweiserhebung und -verwertung bestimmt sich dabei im Ausgangspunkt nach der Rechtsordnung des Staates, in dem das Strafverfahren geführt wird (*forum regit actum*), d.h. es ist bereits bei der Beweiserhebung – unabhängig davon, ob diese im Inland oder Ausland erfolgt – zu gewährleisten, dass das erlangte Beweismaterial anschließend im Strafverfahren verwertet werden kann.<sup>10</sup> Wird der Beweis für dieses Strafverfahren auf ein entsprechendes Ersuchen in einem anderen Mitgliedstaat erhoben, so ist dafür indes das Recht des ersuchten Staates maßgeblich, das für seine Justiz- und Strafverfolgungsorgane verbindlich ist (*locus regit actum*), denn mit Blick auf die rechtlichen Grenzen staatlicher Ermittlungseingriffe vermag das öffentliche Interesse an der Förderung eines ausländischen Strafverfahrens keine weitergehenden Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen als das inländische Strafverfolgungsinteresse.<sup>11</sup> Den deutlichsten Ausdruck fand die

<sup>1</sup> Rats-Dok. 7788/14 (Annahme im Rat am 14.3.2014), Rats-Dok. 7736/14 (Annahme im Parlament am 27.2.2014); siehe zu den Abänderungen des Parlaments PE 529.518/1 – A 7-0477/2013; siehe dagegen noch die allgemeine Ausrichtung des Rates, Rats-Dok. 18918/11, sowie die ursprüngliche Initiative von sieben Mitgliedstaaten, ABl. EU Nr. C 165 v. 24.6.2010, S. 22; siehe ferner das Grünbuch der Kommission zur Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat, KOM (2009) 624 endg. Einen Überblick über die Entwicklung der Diskussion gibt *Ahlbrecht*, StV 2013, 114.

<sup>2</sup> Rahmenbeschluss 2008/978/JI des Rates v. 18.12.2008 über die Europäische Beweisverordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafsachen, ABl. EU Nr. L 350 v. 30.12.2008, S. 72.

<sup>3</sup> Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union v. 29.5.2000, ABl. EU Nr. C 197 v. 12.7.2000, S. 1.

<sup>4</sup> Siehe im Einzelnen die in Art. 34 RL EEA genannten Rechtsakte und Übereinkommen; siehe insoweit den Überblick bei *Zimmermann/Glaser/Motz*, EuCLR 2011, 56 (57 ff.).

<sup>5</sup> Vgl. die Präambel (Erwägungsgrund Nr. 5): „zu fragmentiert und zu kompliziert“; siehe auch *Bachmaier Winter*, ZIS 2010, 580 (583).

<sup>6</sup> Rahmenbeschluss 2003/577/JI v. 22.7.2003 über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln in der Europäischen Union, ABl. EU Nr. L 196 v. 2.8.2003, S. 45.

<sup>7</sup> *Heydenreich*, StV 2012, 439; *Zimmermann/Glaser/Motz*, EuCLR 2011, 56 (61 ff.).

<sup>8</sup> *Allegrezza*, ZIS 2010, 569 (572 ff.); *Ambos*, ZIS 2010, 557 (559); *Heydenreich*, StV 2012, 439 (440 f.); *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 92 f.

<sup>9</sup> Siehe zu dem „Beweisverwertungs- bzw. -erhebungs-Dilemma“ *Burchard*, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, 2011, S. 275 (280 ff.).

<sup>10</sup> *Allegrezza*, ZIS 2010, 569 (578); *Burchard*, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam (Fn. 9), S. 275 (280 f.); *Gleiß*, ZStW 125 (2013), 573 (593 f.); *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 92 (96); *Spencer*, ZIS 2010, 602 (604 f.).

<sup>11</sup> *Böse*, Der Grundsatz der Verfügbarkeit von Informationen in der strafrechtlichen Zusammenarbeit in der EU, 2007, S. 57; *Gleiß*, in: Böse (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2013, § 16

ses Verständnis in der Rechtspflegelehre, welche in der Rechtshilfe einen integralen Bestandteil der (innerstaatlichen) Strafrechtspflege sah.<sup>12</sup>

Auf der anderen Seite ist die Rechtshilfe auf ein Strafverfahren in einem anderen Staat bezogen (dies betonte die Rechtshilfelehre).<sup>13</sup> Sie kann an die dort bereits ergangenen Entscheidungen anknüpfen und diese der Anordnung und Vollziehung von Grundrechtseingriffen zu Grunde legen. So wird in der kontinental-europäischen Rechtshilfetradition auf eine Überprüfung des Tatverdachts anhand mit dem Ersuchen übermittelter Beweismittel verzichtet und auf die im Haftbefehl (bzw. der richterlichen Anordnung anderer Eingriffe) dokumentierte Prüfung vertraut (sog. formelles Prüfungsprinzip, vgl. § 10 Abs. 2 IRG).<sup>14</sup> Dies beruht auf der Erwägung, dass ersuchender und ersuchter Staat in einem transnational-arbeitsteiligen Strafverfahren eine gemeinsame Verantwortung für die Wahrung der Grund- und Verfahrensrechte des Beschuldigten tragen, die Wahrnehmung dieser Aufgabe aber – wie die Strafverfolgung selbst – auch untereinander aufteilen können.<sup>15</sup> Voraussetzung dafür ist allerdings ein gemeinsames Verständnis über grundlegende Anforderungen an die jeweilige Ermittlungsmaßnahme (hier: Vorliegen eines auf konkrete Tatsachen gestützten Verdachts).

Soweit diese Voraussetzung nicht gegeben ist, bleiben Vorbehalte des ersuchten Staates zum Schutz subjektiver Rechte nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts notwendig. Alternativ können auch unionsrechtliche Standards entwickelt und ihrerseits als Vorbehalte eingeführt werden.<sup>16</sup> Wenngleich eine Vereinheitlichung des Strafverfahrensrechts zur Beweiserhebung und -verwertung in absehbarer Zeit nicht zu erwarten ist, können Mindeststandards auf mittlere Sicht nationale Vorbehalte ersetzen.<sup>17</sup> Mit Blick auf den *ordre public*-Vorbehalt ist dies inzwischen bereits geschehen (vgl. § 73 S. 2 IRG).

Der Schutz subjektiver Rechte im Rahmen der grenzüberschreitenden Strafverfolgung bewegt sich damit im Spannungsfeld von Anerkennung, Vorbehalt und Harmonisierung. Wie nun zu zeigen sein wird, finden sich diese Elemente auch in der Richtlinie zur Europäischen Ermittlungsanordnung.

---

Rn. 39; *Lagodny*, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5. Aufl. 2012, § 59 IRG Rn. 31.

<sup>12</sup> Siehe zur Diskussion um die Einordnung der Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtspflegelehre vs. Rechtshilfelehre) *Vogel*, in: Grützner/Pötz/Kreß (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 34. Lfg., Stand: Dezember 2013, Vor § 1 IRG Rn. 5.

<sup>13</sup> Siehe insoweit *Vogel* (Fn. 12), Vor § 1 IRG Rn. 5.

<sup>14</sup> *Vogel* (Fn. 12), § 10 IRG Rn. 8 ff., 62 ff.

<sup>15</sup> *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner*, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner (Fn. 11), Einl. Rn. 112 ff., 134; einschränkend *Vogel* (Fn. 12), § 10 Rn. 10.

<sup>16</sup> Vgl. im Zusammenhang mit der Beweisrechtshilfe *Ahlbrecht*, StV 2013, 114 (118); *Gleß*, ZStW 125 (2013), 573 (585 ff.); *Heydenreich*, StV 2012, 439 (442).

<sup>17</sup> Vgl. *Gleß*, ZStW 125 (2013), 573 (604 f.).

## II. Die Europäische Ermittlungsanordnung (EEA)

Bei der grenzüberschreitenden Erhebung und Übermittlung von Beweismitteln sind Anordnungs- und Vollstreckungsstaat gemeinsam für die Wahrung der Grund- und Verfahrensrechte des Beschuldigten (bzw. betroffener Dritter) verantwortlich. Die Richtlinie setzt daher – zu Recht – sowohl dem Erlass als auch der Anerkennung und Vollstreckung einer Europäischen Ermittlungsanordnung Grenzen.

### 1. Schutz subjektiver Rechte durch den Anordnungsstaat

Bei dem Erlass einer Europäischen Ermittlungsanordnung sind zunächst die Voraussetzungen und Schranken zu beachten, die auf einen vergleichbaren innerstaatlichen Ermittlungseingriff Anwendung finden (Art. 6 Abs. 1 lit. b RL EEA). Eine Strafverfolgungsbehörde kann sich also nicht dadurch den Bindungen an das innerstaatliche Recht entziehen, dass sie einen anderen Staat um Vornahme einer nach der *lex fori* unzulässigen Maßnahme ersucht („Befugnis-shopping“).<sup>18</sup> Darüber hinaus ist die Anordnungsbehörde gehalten zu prüfen, ob die Ermittlungsmaßnahme notwendig und verhältnismäßig ist (Art. 6 Abs. 1 lit. a RL EEA). Diese Regelung dürfte auf entsprechende Erfahrungen mit dem Europäischen Haftbefehl zurückgehen, in denen über einen offensichtlich unverhältnismäßigen Einsatz dieses Instruments bei der Verfolgung von Bagatelldaten berichtet wurde.<sup>19</sup> In prozeduraler Hinsicht wurde diese Verpflichtung auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip durch einen Justizvorbehalt abgesichert, d.h. die Europäische Ermittlungsanordnung kann nur von einem Richter, Ermittlungsrichter oder Staatsanwalt erlassen oder bestätigt („validiert“) werden (Art. 2 lit. c RL EEA). Mit der justiziellen Anordnung bzw. Validierung wird das Vorliegen der o.g. Voraussetzungen bestätigt. Dieser Justizvorbehalt ist insofern bemerkenswert, als er unter Umständen über die Anforderungen hinausgeht, die bei der innerstaatlichen Beweiserhebung zu beachten sind, und damit einen europäischen Mindeststandard für die (grenzüberschreitende) Beweissammlung statuiert.<sup>20</sup> Ob darin ein Äquivalent für einen Richtervorbehalt im Vollstreckungsstaat gesehen werden kann, ist damit allerdings keineswegs ausgemacht (siehe unten 2. c) dd). Die Verwertbarkeit des durch die Europäische Ermittlungsanord-

---

<sup>18</sup> Siehe insoweit *Heydenreich*, StV 2012, 439 (441); *Zimmermann/Glaser/Motz*, EuCLR 2011, 56 (73); siehe dagegen *Bachmaier/Winter*, ZIS 2010, 580 (583 f.), wonach es sich um eine selbstverständliche (und damit nicht regelungsbedürftige) Voraussetzung für den Erlass einer Europäischen Ermittlungsanordnung handelt.

<sup>19</sup> Vgl. *Ahlbrecht*, StV 2013, 114 (116); siehe zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Vollstreckungsstaat (Frankreich, Niederlande, Deutschland): *Böse*, in: Albers/Beauvais/Bohnert/Böse/Langbroek/Renier/Wahl, Towards a common evaluation framework to assess mutual trust in the field of EU judicial cooperation in criminal matters, 2013, S. 334 (349 ff.).

<sup>20</sup> Weitergehend für einen (obligatorischen) Richtervorbehalt bei der Anordnung von Zwangsmaßnahmen *Bachmaier Winter*, ZIS 2010, 580 (587); *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 92 (98).

nung erlangten Beweismittels wird dadurch sichergestellt, dass die Anordnungsbehörde die Form- und Verfahrensvorschriften bezeichnet, die bei der Beweiserhebung von der Vollstreckungsbehörde zu beachten sind (Art. 9 Abs. 2 RL EEA). Die Vorschrift übernimmt die entsprechende Regelung in Art. 4 Abs. 1 EU-Rechtshilfe-Übereinkommen<sup>21,22</sup>. Auf diese Weise kann beispielsweise die Anwesenheit und Mitwirkung des Verteidigers bei einer Vernehmung des Beschuldigten im ersuchten Staat (Vollstreckungsstaat) gewährleistet werden.<sup>23</sup> Durch derartige Vorgaben kann aber auch die Einhaltung gesetzlicher Schranken bei der Durchführung der jeweiligen Ermittlungsmaßnahme (z.B. zum Schutz des unantastbaren Kernbereichs, vgl. § 100c Abs. 4 und 5 StPO) gewährleistet werden.

## 2. Schutz subjektiver Rechte durch den Vollstreckungsstaat

Ungeachtet der grundsätzlich bestehenden Pflicht zur Anerkennung und Vollstreckung (Art. 9 RL EEA) wird der Schutz des Einzelnen durch eine Reihe von Ausnahmen und Vorbehalten gewährleistet. Im Unterschied zu den Voraussetzungen für den Erlass einer Europäischen Ermittlungsanordnung, die für die Anordnungsbehörde verbindlich sind („[...] darf nur dann eine EEA erlassen, wenn [...]“), sind diese nach ihrem Wortlaut nur fakultativ (Art. 11 Abs. 1 RL EEA: „[...] kann [...] die Vollstreckung [...] versagt werden, wenn [...]“).<sup>24</sup> Der Unionsgesetzgeber hat damit eine Chance vertan, ein Minimum an Schutz für den Betroffenen verbindlich festzuschreiben, indem er die Umsetzung dieser Vollstreckungshindernisse dem nationalen Gesetzgeber anheimgestellt hat. Die Gründe für die Ablehnung der Vollstreckung lassen sich dabei in drei Gruppen einteilen: traditionelle Rechtshilfehindernisse (a), unionsrechtliche Mindeststandards (b) und die entsprechende Anwendung rechtlicher Schranken für innerstaatliche Ermittlungseingriffe (c).

### a) Traditionelle Rechtshilfehindernisse als Vollstreckungsgrenzen

Die erste Gruppe von Vollstreckungshindernissen geht auf traditionelle Rechtshilfehindernisse zurück, die auch in früheren Rechtsakten zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung (insbesondere zur Europäischen Beweisverordnung<sup>25</sup>) übernommen wurden. Dies gilt etwa für den Vorbehalt zum Schutz öffentlicher Geheimhaltungsinter-

ressen (Art. 11 Abs. 1 lit. b RL EEA; vgl. Art. 13 Abs. 1 lit. g RB EBA) und für den Aufschub der Vollstreckung im Hinblick auf ein (vorrangiges) inländisches Strafverfahren (Art. 15 Abs. 1 RL EEA, Art. 16 Abs. 2 RB EBA). Das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit stellt zwar grundsätzlich ein Vollstreckungshindernis dar, auf die Prüfung wird allerdings – wie bereits beim Europäischen Haftbefehl<sup>26</sup> – verzichtet, wenn die verfolgte Tat einer von 32 Deliktgruppen zuzuordnen ist (Art. 11 Abs. 1 lit. g RL EEA); anders als beim Europäischen Haftbefehl dürfte dieser Einschränkung jedoch kaum praktische Bedeutung zukommen, da die Vollstreckungsgrenzen aus dem innerstaatlichen Strafverfahrensrecht ebenfalls eine Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit gebieten (siehe unten c) cc). Darüber hinaus wird der (partielle) Verzicht auf die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit dadurch relativiert, dass er nicht geboten ist, soweit der Anordnungsstaat im Ausgangsverfahren extraterritoriale Strafgewalt ausübt oder die zugrunde liegende Tat ganz oder zum Teil im Vollstreckungsstaat begangen worden ist (Art. 11 Abs. 1 lit. e RL EEA). Hier wird also das Territorialitätsprinzip mit dem Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit kombiniert und damit die Ablehnung der Vollstreckung ermöglicht, soweit die Strafverfolgung im Anordnungsstaat für den Betroffenen nicht vorhersehbar ist.<sup>27</sup> Der Vollstreckungsstaat kann damit den Wertungen seines Strafrechts Vorrang einräumen, sofern der Anordnungsstaat keinen engeren Bezug zu der verfolgten Tat geltend machen kann.

### b) Vollstreckungsgrenzen nach Unionsrecht

Eine zweite Gruppe von Vollstreckungshindernissen nimmt Bezug auf unionsrechtlich garantierte Grund- und Verfahrensrechte. Im Unterschied zu einer Reihe anderer Rechtsakte zur Umsetzung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung begnügt sich die Richtlinie nicht mit einem allgemeinen Hinweis auf die Grundrechte (Art. 1 Abs. 4 RL EEA), sondern nimmt einen europäischen ordre public-Vorbehalt explizit in die Ablehnungsgründe auf (Art. 11 Abs. 1 lit. f RL EEA). Wenngleich Bestandteil des europäischen ordre public (Art. 50 GRC), wird der Grundsatz „ne bis in idem“ als eigenständiges Vollstreckungshindernis normiert (Art. 11 Abs. 1 lit. d, vgl. Art. 50 GRC) und dadurch besonders hervorgehoben. Mit dem unionsrechtlichen ordre public tritt ein europäischer Mindeststandard an die Stelle des nationalen Grundrechtsstandards, der über den „klassischen“ ordre public-Vorbehalt im internationalen Rechtshilfeverkehr garantiert wird. Wie die Rechtssache „Melloni“ für die Auslieferung eines in Abwesenheit Verurteilten gezeigt hat,<sup>28</sup> kann dies unter Umständen mit einer Absenkung des Schutzniveaus verbunden sein. Im vorliegenden Zusammenhang ist allerdings zu be-

<sup>21</sup> Siehe oben Fn. 3.

<sup>22</sup> Siehe auch den Hinweis im erläuternden Bericht zur Initiative für eine Richtlinie über eine Europäische Ermittlungsanordnung, Rats-Dok. 9288/10 ADD 1, S. 9.

<sup>23</sup> Siehe insoweit das Beispiel bei *Gleß*, ZStW 125 (2013), 573 (576), in Anlehnung an EGMR, Urt. v. 27.10.2011 – 25303/08 (*Stojkovic v. Frankreich und Belgien*).

<sup>24</sup> Dies gilt nicht für die Vollstreckungshindernisse, die auf die unionsrechtlich garantierten Grundrechte Bezug nehmen (Art. 11 Abs. 1 lit. d und f RL EEA), siehe unten c); kritisch zur fakultativen Ausgestaltung der Vollstreckungshindernisse: *Asp u.a.*, ZIS 2013, 412 (418).

<sup>25</sup> Siehe oben Fn. 2.

<sup>26</sup> Siehe insoweit bereits Art. 2 Abs. 2 RbEuHb und § 81 Nr. 4 IRG sowie dazu *Böse*, in: *Grützner/Pötz/Kreß* (Fn. 12), § 81 IRG Rn. 8 ff.

<sup>27</sup> *Zimmermann/Glaser/Motz*, EuCLR 2011, 56 (78); siehe auch *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 92 (94, 96 f.); siehe ferner Art. 13 Abs. 1 lit. f RB EBA (Fn. 2).

<sup>28</sup> EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-399/11 (*Melloni*) = NJW 2013, 1215 (1219 Rn. 55 ff.).

rücksichtigen, dass der Schutz des Beschuldigten bzw. Betroffenen nach dem Recht des Vollstreckungsstaates weitgehend erhalten bleibt (s.o.).

### *c) Vollstreckungsgrenzen nach dem Recht des Vollstreckungsstaates*

Die mit Abstand bedeutsamste Beschränkung der Vollstreckungspflicht ergibt sich aus der entsprechenden Anwendung des innerstaatlichen Strafverfahrensrechts des Vollstreckungsstaates. Diese Vollstreckungshindernisse sollen gewährleisten, dass das für das innerstaatliche Strafverfahren geltende Schutzniveau auch bei der grenzüberschreitenden Beweissammlung (für die Strafverfolgung in einem anderen Mitgliedstaat) gewahrt bleibt (siehe oben 1.).

### *aa) Gleichbehandlung von inländischer und ausländischer Strafverfolgung*

Die zentrale Vorschrift in diesem Zusammenhang ist Art. 10 RL EEA. Die Vorschrift regelt den Umgang mit einer Ermittlungsanordnung, wenn die angeordnete Maßnahme nach dem Recht des Vollstreckungsstaates entweder überhaupt nicht vorgesehen (Art. 10 Abs. 1 lit. a RL EEA) oder in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht zulässig ist, weil die dafür notwendigen Voraussetzungen nicht vorliegen (Art. 10 Abs. 1 lit. b RL EEA). Dies ist u.a. der Fall, wenn die Maßnahme nur zur Verfolgung besonders schwerer Straftaten, nur gegen den Verdächtigen oder nur mit Zustimmung des Betroffenen zulässig ist (Präambel, Erwägung Nr. 10). Art. 10 RL EEA sieht für diesen Fall grundsätzlich den Rückgriff auf eine andere, nach dem Recht des Vollstreckungsstaates zulässige Maßnahme vor (Art. 10 Abs. 1 RL EEA); falls eine solche jedoch nicht zur Verfügung steht, kann bzw. – nach Maßgabe der innerstaatlichen Umsetzung der Richtlinie – muss der Vollstreckungsstaat die Vollstreckung verweigern (Art. 10 Abs. 5 RL EEA).<sup>29</sup> Aus diesem Grund ist die Bundesrepublik Deutschland nicht zur Vollstreckung einer Europäischen Ermittlungsanordnung verpflichtet, soweit dies den unantastbaren Kernbereich der privaten Lebensgestaltung verletzen würde (§ 100c Abs. 4 und 5 StPO).<sup>30</sup>

### *bb) Minimum an verfügbaren Ermittlungsmaßnahmen (Effektivitätsgebot)*

Allerdings enthält dieser Vorbehalt zugunsten des Rechts des Vollstreckungsstaates eine Ausnahme für weniger schwerwiegende Ermittlungsmaßnahmen, die für die grenzüberschreitende Beweissammlung durch eine Europäische Ermittlungsanordnung stets zur Verfügung stehen müssen (Art. 10 Abs. 2 lit. a bis e RL EEA):

- Herausgabe von vorliegendem Beweismaterial (allerdings mit der Maßgabe, dass dieses für ein innerstaatliches Strafverfahren oder durch Vollstreckung einer EEA hätte

erlangt werden können, sog. hypothetischer Ersatzeingriff; diese Grenze ist relevant für Informationen aus präventiv-polizeilichen Eingriffen, die im Strafverfahren unzulässig sind);

- Abfrage aus Datenbanken der Polizei und Justizbehörden, zu denen die Vollstreckungsbehörde im Rahmen eines Strafverfahrens Zugang hat (z.B. zu DNA-Profilen, Fingerabdrücken, Ermittlungsverfahren). Nicht erfasst werden Dateien, die von anderen Behörden geführt werden (z.B. das Verkehrszentralregister). Der Verzicht auf die im innerstaatlichen Strafverfahren geltenden Zugangsschwellen kann dabei durchaus zu einem geringeren Schutzniveau führen. So ist beispielsweise die grenzüberschreitende Übermittlung von DNA-Profilen nicht mehr auf die Verfolgung von Straftaten von erheblicher Bedeutung beschränkt, wie es zum Teil für den Abruf zur Strafverfolgung im Inland verlangt wird (siehe aber die allgemeine Formulierung in § 81g Abs. 5 S. 3 StPO)<sup>31</sup>;
- Vernehmungen (insoweit gelten die Vorschriften für das innerstaatliche Strafverfahren entsprechend, insbesondere bleiben Auskunfts- und Zeugnisverweigerungsrechte anwendbar, siehe unten zu Art. 11 RL EEA und auch Art. 24 Abs. 5 lit. e RL EEA);
- nicht invasive Ermittlungseingriffe; nach der Präambel (Erwägung Nr. 16) sind dies beispielsweise Maßnahmen, die weder das Recht auf Schutz der Privatsphäre noch das Recht auf Eigentum nach dem nationalen Recht verletzen, d.h. Ausgangspunkt ist wiederum das nationale Recht (für Deutschland als Vollstreckungsstaat bietet sich als Maßstab die Ermittlungsgeneralklausel an, § 161 Abs. 1 StPO);
- Ermittlung eines Telefonanschlusses oder einer IP-Adresse. Dabei geht es um eine Anschlusskennung, deren Abruf für die innerstaatliche Strafverfolgung keiner besonderen Eingriffsschwelle unterliegt (§ 100j StPO i.V.m. § 111 ff. TKG). Das BVerfG hat zwar die Identifizierung dynamischer IP-Adressen wegen ihrer Nähe zu den jeweiligen Kommunikationsvorgängen als Verkehrsdaten (Verbindungsdaten) eingestuft, die dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 GG) unterliegen.<sup>32</sup> Durch § 100j Abs. 2 StPO hat der Gesetzgeber jedoch inzwischen ausdrücklich auf die Festlegung einer besonderen Eingriffsschwelle verzichtet, soweit es nur um die Erhebung der auf die IP-Adresse bzw. den jeweiligen Anschluss bezogenen Bestandsdaten geht.

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass die in Art. 10 Abs. 2 RL EEA angeführten Maßnahmen zwar ganz überwiegend keiner besonderen Eingriffsschwelle unterliegen. In bestimmten Fällen (DNA-Profile) kann der Verzicht auf die Prüfung der Zulässigkeit der Maßnahme nach dem Recht des Vollstreckungsstaates jedoch dazu führen, dass für die

<sup>29</sup> Kritisch zu diesem allgemeinen und damit zu unbestimmten Vollstreckungshindernis *Zimmermann/Glaser/Motz*, EuCLR 2011, 56 (78 f.).

<sup>30</sup> Vgl. insoweit *Ahlbrecht*, StV 2013, 114 (118).

<sup>31</sup> *Böse* (Fn. 11), S. 63 ff., 68; *Senge*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7. Aufl. 2013, § 81g Rn. 22; a.A. *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Bd. 1, 4. Aufl. 2014, § 81g Rn. 86 m.w.N.

<sup>32</sup> BVerfG ZUM-RD 2012, 441 (451 f.).

grenzüberschreitende Beweissammlung das Schutzniveau gegenüber innerstaatlichen Ermittlungseingriffen abgesenkt wird. Dieser Widerspruch ließe sich nur um den Preis auflösen, dass auch für das inländische Strafverfahren erweiterte Zugriffsmöglichkeiten geschaffen werden.

*cc) Spezifizierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes*

Normiert Art. 10 RL EEA das allgemeine Prinzip, so enthalten die Ablehnungsgründe in Art. 11 Abs. 1 RL EEA weitere spezifische Ausformungen des Grundsatzes, dass das im Vollstreckungsstaat garantierte Schutzniveau für innerstaatliche Ermittlungseingriffe nicht unterschritten werden darf:

Dies gilt zunächst für den Schutz von besonderen Vertrauensverhältnissen, insbesondere zu Berufsgeheimnisträgern (Arzt, Rechtsanwalt, Journalist), und Immunitäten nach nationalem und internationalem Recht (Abgeordnete, ausländische Staatsoberhäupter), soweit diese Vorschriften die Vollstreckung unmöglich machen (Art. 11 Abs. 1 lit. a RL EEA).<sup>33</sup> Dies entspricht einer Ausnahme, die bereits für die vorläufige Sicherstellung von Beweismaterial und Vermögenswerten vorgesehen ist (s. § 94 Abs. 2 Nr. 1 IRG).<sup>34</sup> Ebenso kann die Vollstreckung abgelehnt werden, wenn die Ermittlungsmaßnahme nach dem Recht des Vollstreckungsstaates nur bei besonders schweren Straftaten bzw. Katalogtaten zulässig ist (Art. 11 Abs. 1 lit. h RL EEA)<sup>35</sup> oder – wenn die Ermittlungsanordnung im Rahmen eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens erlassen worden ist – nur zur Verfolgung von Straftaten zulässig ist (Art. 11 Abs. 1 lit. c RL EEA).

Diese Ausnahmen zugunsten des Rechts des Vollstreckungsstaates sind auf den ersten Blick überflüssig, reformulieren und konkretisieren sie doch den allgemeinen, bereits in Art. 10 RL EEA niedergelegten Grundsatz, dass eine Maßnahme, die für ein inländisches Strafverfahren nicht ergriffen werden darf, auch zur Förderung eines ausländischen Strafverfahrens unzulässig ist (siehe oben aa). Infolge der in Art. 10 Abs. 2 RL EEA vorgesehenen Ausnahmen haben sie jedoch – zumindest teilweise – eigenständige Bedeutung: So sind bei Zeugenvernehmungen (Art. 10 Abs. 2 lit. c RL EEA) die nach dem Recht des Vollstreckungsstaates geltenden Zeugnisverweigerungsrechte zu beachten (Art. 11 Abs. 1 lit. a RL EEA, §§ 52 ff. StPO), und DNA-Profile dürfen nicht zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten übermittelt werden (Art. 11 Abs. 1 lit. c RL EEA). Demgegenüber ist die besondere Eingriffsschwelle (schwere Straftaten, Art. 11 Abs. 1 lit. h RL EEA) auf Maßnahmen i.S.d. Art. 10 Abs. 2 RL EEA nicht anwendbar (Art. 11 Abs. 2 RL EEA). Angesichts der allgemeinen Gleichstellungsklausel (Art. 10 Abs. 1 lit. b RL EEA) erweist sich die Regelung damit als überflüssig bzw. hat – wenn man es etwas freundlicher ausdrücken möchte –

lediglich klarstellende Funktion. Derartige Redundanzen finden sich auch in den Regelungen zu besonderen Ermittlungsmaßnahmen, wonach die Vollstreckung abgelehnt werden kann, wenn die Ermittlungsmaßnahme in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht genehmigt würde.<sup>36</sup> Sie dürften auf den Verlauf der Verhandlungen zurückzuführen sein, in denen die allgemeine und umfassende Gleichstellungsklausel (Art. 10 Abs. 1 RL EEA) erst am Ende eingefügt und eine Abstimmung mit den Sonderregelungen versäumt wurde.

Dieses Versäumnis hat jedoch – neben den in der Sache folgenlosen – Doppelungen die weitere Folge, dass die für das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit vorgesehenen Einschränkungen (Art. 11 Abs. 1 lit. e und g RL EEA) weitgehend aufgehoben werden.<sup>37</sup> Dies gilt insbesondere für den seit dem Europäischen Haftbefehl standardmäßig vorgesehenen Verzicht auf die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit für 32 Deliktsbereiche (Art. 11 Abs. 1 lit. g RL EEA), denn die Ermittlungsmaßnahme kann in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nur angeordnet werden, wenn der Sachverhalt Anlass zur Einleitung eines Strafverfahrens (bzw. Ordnungswidrigkeitenverfahrens) gibt. Kann das betreffende Verhalten nicht mit Strafe (oder Geldbuße) geahndet werden, liegt diese Voraussetzung nicht vor.<sup>38</sup> Diese Überlegungen werden dadurch bestätigt, dass das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit gerade in der „kleinen“ Rechtshilfe damit begründet wird, dass der mit der Rechtshilfe vorgenommene Grundrechtseingriff wie bei einem inländischen Ermittlungsverfahren einer entsprechenden Rechtfertigung bedarf.<sup>39</sup> Dies entspricht in der Sache der in Art. 10 Abs. 1 RL EEA angelegten Gleichbehandlung in- und ausländischer Strafverfolgungsinteressen (siehe oben aa).<sup>40</sup> Soweit das Erfordernis der beider-

<sup>33</sup> Siehe insoweit *Ahlbrecht*, StV 2013, 114 (118); *Zimmermann/Glaser/Motz*, EuCLR 2011, 56 (74 f.).

<sup>34</sup> Art. 7 Abs. 1 lit. b Rahmenbeschluss 2003/577/JI v. 22.7. 2003 über die Vollstreckung von Sicherstellungsentscheidungen (Fn. 6); siehe auch Art. 13 Abs. 1 sowie Erwägung Nr. 17 der Präambel RB EBA (Fn. 2).

<sup>35</sup> Siehe insoweit *Zimmermann/Glaser/Motz*, EuCLR 2011, 56 (73 f.).

<sup>36</sup> Art. 26 Abs. 5 S. 3, Art. 27 Abs. 5 S. 3 RL EEA (Erhebung von Informationen über Finanzkonten und -geschäfte); Art. 28 Abs. 1 RL EEA (Überwachung von Finanzgeschäften, kontrollierte Lieferungen); Art. 29 Abs. 3 lit. a RL EEA (verdeckte Ermittlungen); Art. 30 Abs. 5 S. 1 RL EEA (Telefonüberwachung).

<sup>37</sup> Vgl. auch zur Verfolgbarkeit der Tat *Ahlbrecht*, StV 2013, 114 (117).

<sup>38</sup> Dies entspricht im Ergebnis der Forderung, im Rahmen der Beweisrechtshilfe uneingeschränkt am Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit festzuhalten; *Zimmermann/Glaser/Motz*, EuCLR 2011, 56 (76 ff.); siehe auch *Bachmaier/Winter*, ZIS 2010, 580 (585); siehe ferner zur Europäischen Beweisverordnung *Esser*, in: M. Heinrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, Bd. 2, 2011, S. 1497 (1504).

<sup>39</sup> *Popp*, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, 2000, S. 138 f. (Individualschutzprinzip); siehe auch zum deutschen Rechtshilferecht: *Johnson*, in: Grützner/Pötzl/Kreß (Fn. 12), § 66 Rn. 27; *Lagodny* (Fn. 11), § 59 IRG Rn. 18.

<sup>40</sup> Dieses Ergebnis ließe sich nur vermeiden, wenn man für die Einordnung als „vergleichbarer innerstaatlicher Fall“ bei der Prüfung der allgemeinen Gleichstellungsklausel nicht den (ggf. sinngemäß umgestellten) Sachverhalt, sondern die Kriminalisierung des betreffenden Verhaltens durch den jeweils verfolgenden Staat ansehen wollte (vgl. *Böse* [Fn. 11], S. 58

seitigen Strafbarkeit mit dem Territorialitätsprinzip kombiniert wird (Art. 11 Abs. 1 lit. e RL EEA), bleibt diesem Vollstreckungshindernis insofern ein selbständiger Anwendungsbereich erhalten, als die Ermittlungsanordnung weniger schwerwiegende Ermittlungsmaßnahmen zum Gegenstand hat, die nicht der allgemeinen Gleichstellungsklausel (Art. 10 Abs. 1 RL EEA) unterfallen (Art. 10 Abs. 2 RL EEA). Dies gilt dagegen nicht für die Ausnahme in Bezug auf 32 Deliktsbereiche (Art. 11 Abs. 1 lit. g RL EEA), die auf derartige Maßnahmen keine Anwendung findet (Art. 11 Abs. 2 RL EEA).<sup>41</sup>

*dd) Ausnahme: Verdachtsprüfung*

Da die Anordnung einer strafprozessualen Ermittlungsmaßnahme – zumindest nach deutschem Recht – den Verdacht einer Straftat voraussetzt, wäre die Vollstreckungsbehörde grundsätzlich gehalten, vor der Vollstreckung der Ermittlungsanordnung zu prüfen, ob auch insoweit die Voraussetzungen des innerstaatlichen Rechts gegeben sind (Art. 10 Abs. 1 RL EEA). Dies entspricht der gesetzlichen Regelung für die vertragslose „kleine“ Rechtshilfe in Deutschland, wonach diese geleistet werden kann, soweit die innerstaatlichen Voraussetzungen für die Vornahme der betreffenden Maßnahme gegeben sind (§ 59 Abs. 3 IRG; siehe auch § 77 Abs. 1 IRG). Daraus wird zum Teil gefolgert, dass auch das Vorliegen eines – ggf. qualifizierten – Tatverdachts zu prüfen ist.<sup>42</sup>

Diese Feststellung steht jedoch in bemerkenswertem Gegensatz zu der kontinental-europäischen Tradition, wonach im Auslieferungsverfahren auf eine Schuldverdachtsprüfung verzichtet und der Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit

f.). Dagegen spricht jedoch nicht nur der Wortlaut („Fall“, nicht: „Strafvorschrift“ o.ä.), sondern auch die einheitliche Verwendung dieser Formulierung, insbesondere auch bei der Regelung der besonderen Ermittlungsmaßnahmen (siehe oben Fn. 36), bei denen nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, dass bei einem Vergleich der Tatschwere von dem ausländischen Strafrahmen des Anordnungsstaates auszugehen ist. Im Übrigen werden durch diese Auslegung Wertungswidersprüche vermieden, die auftreten, wenn das betreffende Verhalten zwar nicht mit Strafe, aber dafür mit Geldbuße geahndet werden kann (Ablehnung nach Art. 11 Abs. 1 lit. c RL EEA), während bei einer fehlenden Ahndbarkeit mit einer Geldbuße die Ermittlungsanordnung vollstreckt werden müsste, soweit die verfolgte Tat einem der 32 Deliktsbereiche zuzuordnen ist.

<sup>41</sup> Dies entspricht dem geltenden Rechtshilferecht, das bei weniger eingriffsintensiven Maßnahmen auf das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit verzichtet, siehe insoweit auch *Ambos*, ZIS 2010, 557 (560); *Bachmaier Winter*, ZIS 2010, 580 (584).

<sup>42</sup> Siehe zur Telefonüberwachung nach Maßgabe der §§ 100a, 100b StPO OLG Hamm NStZ 2000, 666 (im Rahmen eines Auslieferungsverfahrens); *Brodowski*, JR 2009, 402 (410); *Schuster*, NStZ 2006, 657 (659); *Vogel/Burchard*, in: Grütznert/Pötz/Kreß (Fn. 12), § 77 IRG Rn. 30; siehe auch Nr. 77a Abs. 1 S. 2 RiVAST, unter Verweis auf § 77 IRG; siehe dagegen *Böse* (Fn. 26), Vorbemerkungen zum RbSich. III. A. 3.9 Rn. 16.

allein aufgrund der Sachverhaltsbeschreibung des ersuchenden Staates geprüft wird (formelles Prüfungsprinzip, siehe oben 1.). Auf diesem Verständnis beruht auch das deutsche Auslieferungsrecht, das nur ausnahmsweise eine Verdachtsprüfung vorsieht (§ 10 Abs. 2 IRG).<sup>43</sup> Die Regelung fügt sich nahtlos in das Modell der international-arbeitsteiligen Strafverfolgung ein, das die Aufgabe der Verdachtsprüfung dem ersuchenden Staat zuweist und auf dem Vertrauen beruht, dass diese Prüfung nach rechtsstaatlichen Grundsätzen erfolgt und das Ergebnis daher anerkannt werden kann.<sup>44</sup> Diese Aufgabenverteilung ist auch sachlich gerechtfertigt, da die Ermittlungsbehörde bzw. der Ermittlungsrichter im ersuchenden Staat das bisherige Ergebnis der Ermittlungen vollständig überblickt und – anders als die zuständige Stelle im ersuchten Staat – nicht nur für die Anordnung einer einzelnen Ermittlungsmaßnahme zuständig ist.<sup>45</sup>

Diesem Grundverständnis folgt auch die Richtlinie zur Europäischen Ermittlungsanordnung, indem sie auf der Grundlage des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung von dem Vollstreckungsstaat verlangt, auf die Verdachtsprüfung durch die Anordnungsbehörde zu vertrauen und diese der Vollstreckung der angeordneten Ermittlungsmaßnahmen zu Grunde zu legen. Am Deutlichsten zeigt sich dies in der Regelung zum Rechtsschutz, wonach die Sachgründe für den Erlass der Europäischen Ermittlungsanordnung nur im Anordnungsstaat angefochten werden können (Art. 14 Abs. 2 RL EEA). Diese Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle im Vollstreckungsstaat ist nur unter der Prämisse zu rechtfertigen, dass auch die Vollstreckungsbehörde nicht zu einer entsprechenden Überprüfung befugt ist, und durch die gerichtliche Kontrolle nicht in die Aufgabenverteilung zwischen Anordnungs- und Vollstreckungsstaat eingegriffen werden soll. Mittelbar ergibt sich eine solche Beschränkung des Prüfungsumfangs auch aus der Vorschrift über die mit der Europäischen Ermittlungsanordnung zu übermittelnden Angaben (Art. 5 Abs. 1 RL EEA): Ob ein Tatverdacht vorliegt oder nicht, wird sich nur anhand der bereits vorliegenden Beweise und Ermittlungsergebnisse beurteilen lassen, die jedoch von der Anordnungsbehörde nicht übermittelt werden müssen. Eine Verdachtsprüfung kann damit allenfalls mittelbar anhand der vom Anordnungsstaat angegebenen Begründung für den Erlass der Europäischen Ermittlungsanordnung erfolgen.

Diese Aufgabenverteilung zwischen Anordnungs- und Vollstreckungsstaat beruht allerdings auf zwei Prämissen, nämlich im Wesentlichen gleichwertiger Standards bei der Verdachtsprüfung einerseits und vergleichbarer prozeduraler Sicherungen (Richtervorbehalt) andererseits. Während man bei der Auslieferung – nicht zuletzt vor dem Hintergrund von Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c, Abs. 3 S. 1 EMRK – von einer „na-

<sup>43</sup> Siehe dazu *Vogel* (Fn. 12), § 10 IRG Rn. 12 ff.

<sup>44</sup> *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner* (Fn. 15), Einl. Rn. 129, 134.

<sup>45</sup> *Clerinx/Brantegem/van den Bossche*, in: Vermeulen (Hrsg.), *Aspecten van Europees formeel strafrecht*, 2002, S. 301 (330); siehe auch den Entwurf bei Schünemann (Hrsg.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege*, 2006, S. 1 (23 f. zu Art. 11 des Entwurfs).

türlichen“ Konvergenz der nationalen Standards in den Mitgliedstaaten ausgehen kann, erscheint dies angesichts der Vielzahl der von der Europäischen Ermittlungsanordnung erfassten Eingriffsmaßnahmen höchst zweifelhaft.<sup>46</sup> Dies zeigt sich nicht zuletzt darin, dass der Unionsgesetzgeber den unterschiedlichen Eingriffsschwellen durch einen Vorbehalt zugunsten des innerstaatlichen Rechts des Vollstreckungsstaates Rechnung getragen hat (Art. 10 Abs. 1 RL EEA, siehe oben aa), während er beim Europäischen Haftbefehl auf ein entsprechendes Vollstreckungshindernis verzichtet hat.<sup>47</sup> Dementsprechend kann der für die Anordnung der jeweiligen Maßnahme erforderliche Verdachtsgrad zwischen Anordnungs- und Vollstreckungsstaat erheblich voneinander abweichen. Noch gravierender erscheinen aber die Unterschiede in Bezug auf den präventiven Rechtsschutz durch Richtervorbehalte; insoweit ist selbst bei „klassischen“ Ermittlungsmaßnahmen (z.B. Durchsuchung und Beschlagnahme) keine vergleichbare Konvergenz der nationalen Strafprozessordnungen festzustellen.<sup>48</sup> Sofern die vorzunehmende Ermittlungsmaßnahme im Ermittlungsstaat keinem Richtervorbehalt unterliegt, kann die Anerkennung der Verdachtsprüfung im Vollstreckungsstaat zu einer Verkürzung des präventiven Rechtsschutzes führen, wenn und soweit dem Richter dort die Prüfung des Tatverdachts entzogen wird.<sup>49</sup> Die im Anordnungsstaat vorgenommene Validierung der Ermittlungsanordnung ist kein gleichwertiger Ersatz für einen Richtervorbehalt, da sie auch von einem Staatsanwalt ausgestellt werden kann und somit nicht in gleicher Weise eine unabhängige Prüfung garantiert, dass der für die Anordnung der Maßnahme erforderliche Verdacht einer Straftat gegeben ist.<sup>50</sup>

*d) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Vollstreckungshindernis?*

Die Unverhältnismäßigkeit der angeordneten Ermittlungsmaßnahme wird in Art. 11 RL EEA nicht als Ablehnungsgrund erwähnt. Angesichts der ausdrücklichen Verpflichtung der Anordnungsbehörde, die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme zu prüfen (Art. 6 Abs. 1 lit. a RL EEA) liegt auf den ersten Blick der Umkehrschluss nahe, dass es der Vollstreckungsbehörde versagt ist, die Vollstreckung der Ermittlungsanordnung unter Hinweis auf deren Unverhältnismäßigkeit zu verweigern.<sup>51</sup> Eine solche Schlussfolgerung wäre jedoch vorschnell, denn ein näherer Blick auf einzelne Vorschriften

zeigt, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch von der Vollstreckungsbehörde zu beachten ist.

So kann die Vollstreckungsbehörde ungeachtet des Umstands, dass die Verhältnismäßigkeit der Ermittlungsanordnung bei deren Erlass von der Anordnungsbehörde zu prüfen ist, die Anordnungsbehörde konsultieren, wenn sie Grund zu der Annahme hat, dass die angeordnete Maßnahme nicht erforderlich oder unverhältnismäßig ist (Art. 6 Abs. 3 S. 1 RL EEA). Die Vorschrift setzt damit implizit voraus, dass die Vollstreckungsbehörde zumindest zu einer summarischen Prüfung befugt ist. Dieser Eindruck wird durch die nachfolgende Regelung bestärkt, wonach die Anordnungsbehörde die Ermittlungsanordnung nach der Konsultation zurückziehen kann (Art. 6 Abs. 3 S. 2 RL EEA).<sup>52</sup>

Eine weitere Bezugnahme auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip findet sich in der Regelung über den Rückgriff auf eine andere, weniger eingriffsintensive Ermittlungsmaßnahme (Art. 10 Abs. 3 RL EEA):<sup>53</sup> Danach kann die Vollstreckungsbehörde auf eine andere als in der Europäischen Ermittlungsanordnung angegebene Maßnahme zurückgreifen, wenn diese mit weniger einschneidenden Mitteln das gleiche Ergebnis erreicht. Diese Regelung entspricht der im Verhältnismäßigkeitsprinzip enthaltenen Prüfungsstufe der Erforderlichkeit (Verfügbarkeit eines mildereren, aber in gleicher Weise geeigneten Mittels). Im deutschen Strafprozessrecht hat dieses Erfordernis seinen deutlichsten Ausdruck in den sog. Subsidiaritätsklauseln gefunden (vgl. z.B. § 100a Abs. 1 Nr. 3 StPO). Auch insoweit ist die Vollstreckungsbehörde also befugt zu prüfen, ob und inwieweit die Vollstreckung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist.

Darüber hinaus lässt sich eine Bindung an das Verhältnismäßigkeitsprinzip aber auch in die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen hineinlesen, dass die angeordnete Ermittlungsmaßnahme in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall zur Verfügung stehen müsste (Art. 10 Abs. 1 lit. b RL EEA), denn ein Ermittlungseingriff, der nach dem Recht des Vollstreckungsstaates unverhältnismäßig ist, steht dort eben nicht zur Verfügung. Dies gilt nicht nur, soweit der Gesetzgeber bei der Festlegung der Grenzen für die jeweilige Ermittlungsmaßnahme ausdrücklich auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip verweist.<sup>54</sup> Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit stellt – neben den gesetzlichen Eingriffsvoraussetzungen – eine (selbstverständliche) verfassungsrechtliche Grenze für die Anordnung und Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen dar und verlangt, dass der jeweilige Grundrechtseingriff in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der verfolgten Straftat und zur Stärke des Tatverdachts stehen muss.<sup>55</sup> Diese Anforderungen gelten nach der „Gleichstellungsklausel“ in Art. 10 Abs. 1 RL EEA grundsätzlich auch für die grenzüberschreitende Beweissammlung.

Soweit der Vollstreckungsbehörde damit aufgegeben wird, im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung auch die Stärke

<sup>46</sup> *Spencer*, ZIS 2010, 602 (603).

<sup>47</sup> Siehe aber zur Inhaftierung Art. 12 RbEuHb.

<sup>48</sup> Siehe zur körperlichen Durchsuchung und Untersuchung von Personen sowie zur Durchsuchung von Räumlichkeiten den rechtsvergleichenden Überblick bei *Böse*, in: Ligeti (Hrsg.), *Toward a Prosecutor for the European Union*, Bd. 2 (im Erscheinen).

<sup>49</sup> Pointiert *Heydenreich*, StV 2012, 439 (443: deutscher Richter als „Grüß-Gott-August“); siehe auch zur Europäischen Beweisanordnung: *Esser* (Fn. 38), S. 1497 (1501 ff.).

<sup>50</sup> *Ahlbrecht*, StV 2013, 114 (116); *Heydenreich*, StV 2012, 439 (443); *Zimmermann/Glaser/Motz*, EuCLR 2011, 56 (74).

<sup>51</sup> Siehe die entsprechende Kritik bei *Heydenreich*, StV 2012, 439 (443); siehe auch *Allegrezza*, ZIS 2010, 569 (578).

<sup>52</sup> Skeptisch insoweit *Ahlbrecht*, StV 2013, 114 (119).

<sup>53</sup> *Ahlbrecht*, StV 2013, 114 (116).

<sup>54</sup> Siehe etwa § 97 Abs. 5 S. 2 Hs. 2, § 160a Abs. 2 S. 1 StPO.

<sup>55</sup> Siehe zur Durchsuchung BVerfG NJW 1997, 2165 (2166); BVerfG NJW 2006, 3411 (3412).

des Tatverdachts zu berücksichtigen, steht dies freilich in einem Widerspruch zu der oben angenommenen Aufgabenteilung zwischen Anordnungs- und Vollstreckungsstaat, wonach das Vorliegen eines Tatverdachts allein bei dem Erlass, aber nicht bei der Vollstreckung einer Europäischen Ermittlungsanordnung geprüft wird. Zugleich hat aber die Kritik an der weitgehenden Rücknahme der Verdachtsprüfung gezeigt, dass die gerichtliche Kontrolle im Vollstreckungsstaat nicht entmaterialisiert werden darf (siehe oben c) dd). Dieses Spannungsverhältnis lässt sich über eine Einschränkung bzw. Modifikation der Aufgabenverteilung zwischen Anordnungs- und Vollstreckungsstaat auflösen, die bereits in der Regelung über den Erlass der Europäischen Ermittlungsanordnung und die Bindung der Anordnungsbehörde an das Verhältnismäßigkeitsprinzip angelegt ist (siehe oben zu Art. 6 Abs. 3 RL EEA).

Danach obliegt die Prüfung der Verhältnismäßigkeit einschließlich des Tatverdachts in erster Linie der Anordnungsbehörde (Art. 6 Abs. 1 RL EEA). Da diese Voraussetzungen bei Erlass einer Europäischen Ermittlungsanordnung in jedem einzelnen Fall zu prüfen sind (Art. 6 Abs. 2 RL EEA) und die Gründe für die Anordnung (und ihrer Verhältnismäßigkeit) an die Vollstreckungsbehörde zu übermitteln sind (Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. b RL EEA), kann diese anhand der übermittelten Angaben nicht nur die Verhältnismäßigkeit der Vollstreckung nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts überprüfen, sondern zu diesem Zweck auch eine summarische Prüfung des Tatverdachts vornehmen und das Ergebnis in die Prüfung der Verhältnismäßigkeit einfließen lassen. Eine solche summarische bzw. mittelbare Prüfung des Tatverdachts entspricht – soweit ersichtlich – auch der bisherigen gerichtlichen Praxis.<sup>56</sup> Soweit die Vollstreckungsbehörde auf dieser Grundlage die Verhältnismäßigkeit der angeordneten Maßnahme nicht festzustellen vermag, insbesondere wenn angesichts der Intensität des Eingriffs besondere Anforderungen an die Stärke des Tatverdachts zu stellen sind, ist das Konsultationsverfahren nach Art. 6 Abs. 3 RL EEA einzuleiten und – sofern die Bedenken nicht ausgeräumt werden können – gegebenenfalls die Vollstreckung abzulehnen (Art. 10 Abs. 5 RL EEA).

Mit dieser Auslegung bleibt die primäre Zuständigkeit des Anordnungsstaates für die Prüfung des Tatverdachts auf der Grundlage der bisherigen Ermittlungen erhalten; es wird aber zugleich die Möglichkeit zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Vollstreckungsstaat eröffnet, soweit dessen Recht die Ermittlungsmaßnahme in formeller (Richtervorbehalt) oder materieller (Verdachtsgrad) Hinsicht an besondere Voraussetzungen knüpft. Für diese Auslegung spricht nicht zuletzt, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zugleich Bestandteil des europäischen *ordre public* ist, der auch bei der Vollstreckung der Ermittlungsanordnung zu beachten ist (Art. 11 Abs. 1 lit. f RL EEA; siehe auch Präambel Erwägung Nr. 12).

<sup>56</sup> Siehe zur Telefonüberwachung OLG Hamm NStZ 2000, 666 (zur Prüfung des Tatverdachts aufgrund der über das Schengener Informationssystem übermittelten Unterlagen); vgl. ferner zur Herausgabe beschlagnahmter Unterlagen (§ 66 IRG) OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2001, 156 (157).

### III. Gerichtlicher Rechtsschutz und Verwertungsverbote

Sowohl gegen den Erlass als auch gegen die Vollstreckung einer Europäischen Ermittlungsanordnung ist im Anordnungs- bzw. Vollstreckungsstaat gerichtlicher Rechtsschutz zu gewährleisten (Art. 47 Abs. 1 GRC). Der Unionsgesetzgeber hat diese Anforderungen über das Gleichbehandlungsgebot präzisiert, d.h. es müssen insoweit die gleichen Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen wie gegen die entsprechenden innerstaatlichen Maßnahmen (Art. 14 Abs. 1 RL EEA). Die Gleichbehandlung mit innerstaatlichen Ermittlungsmaßnahmen erstreckt sich auch auf die Rechtsbehelfsbelehrung (Art. 14 Abs. 3 RL EEA), die Fristen für die Einlegung des Rechtsbehelfs (Art. 14 Abs. 4 RL EEA) und eine aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen (Art. 14 Abs. 6 RL EEA). Die jeweiligen Vorschriften müssen dabei zugleich so ausgestaltet sein, dass sie eine effektive Wahrnehmung der Rechtsbehelfe ermöglichen (Art. 14 Abs. 3, 4 RL EEA).

#### 1. Rechtswegspaltung und Zugang zum gerichtlichen Rechtsschutz

Wie aus den vorstehenden Ausführungen zur Verdachtsprüfung bereits deutlich geworden ist, beruhen die Regelungen über den gerichtlichen Rechtsschutz auf dem sog. Trennungsmodell, wonach Rechtsschutz gegen den Erlass der Europäischen Ermittlungsanordnung im Anordnungsstaat, Rechtsschutz gegen deren Anerkennung und Vollstreckung im Vollstreckungsstaat gewährt wird. Diese „Aufspaltung“ des Rechtsschutzes in der internationalen Rechtshilfe ist einerseits dem Grundsatz der Staatenimmunität geschuldet („*par in parem non habet iudicium*“) und beruht andererseits auf der pragmatischen Erwägung, dass das in dem jeweiligen Staat zuständige Gericht besser mit dem anwendbaren Verfahrensrecht vertraut ist als ein ausländisches Gericht.<sup>57</sup> Beide Erwägungen schließen jedoch eine inzidente Prüfung eines ausländischen Hoheitsaktes nicht aus,<sup>58</sup> wie sie regelmäßig bei der Auslegung und Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts (§ 73 IRG) vorgenommen wird.<sup>59</sup> Dies gilt insbesondere für die gerichtliche Überprüfung ausländischer Hoheitsakte auf ihre Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht, wie sie der BGH in seiner jüngsten Entscheidung zur Verwertbarkeit einer im Ausland durchgeführten Telefonüberwachung vorgenommen hat.<sup>60</sup>

Die Rechtswegspaltung ist damit nicht im Sinne einer strikten Kompetenzbeschränkung, sondern einer sachangemes-

<sup>57</sup> *Harings*, Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Polizei- und Zollverwaltungen und Rechtsschutz in Deutschland, 1998, S. 223 f.

<sup>58</sup> Siehe zur Staatenimmunität *Harings* (Fn. 57), S. 245 f.; siehe auch *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen, Bd. 1, 2007, S. 303, mit dem Hinweis, dass ein Verbot der rechtlichen Überprüfung eines ausländischen Hoheitsaktes auf eine Pflicht zur Anerkennung ausländischer Hoheitsakte hinauslaufe, die sich völkerrechtlich nicht begründen lässt.

<sup>59</sup> Siehe insoweit zum Prüfungsgegenstand (ausländische Strafverfolgung bzw. Strafvollstreckung) *Vogel* (Fn. 12), § 73 IRG Rn. 22.

<sup>60</sup> BGH StV 2014, 193 (194 ff.).

senen Aufgabenverteilung bei der grenzüberschreitenden Beweiserhebung und dem in diesem Zusammenhang zu gewährleistenden Rechtsschutz als Bestandteile der international-arbeitsteiligen Strafverfolgung zu verstehen.<sup>61</sup> Auf diesem Verständnis beruht auch die Ausgestaltung des Rechtsschutzes bei der Europäischen Ermittlungsanordnung: Danach können die Sachgründe für den Erlass der Europäischen Ermittlungsanordnung (siehe oben zum Tatverdacht) nur im Anordnungsstaat angefochten werden (Art. 14 Abs. 2 Hs. 1 RL EEA); diese Aussage wird allerdings unter den Vorbehalt gestellt, dass die Grundrechtsgarantien im Vollstreckungsstaat davon unberührt bleiben (Art. 14 Abs. 2 Halbs. 2 RL EEA). Dieser Zusatz bestätigt noch einmal die oben begründete Befugnis der Vollstreckungsbehörde, eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen (siehe oben II. 2. d), so dass sich die Gegenstände der gerichtlichen Kontrolle im Anordnungs- und Vollstreckungsstaat nicht unwesentlich überschneiden. Darin liegt keine Unstimmigkeit, sondern eine Konsequenz des mit der Richtlinie verfolgten Ansatzes, die grenzüberschreitende Beweissammlung sowohl den Anforderungen des Anordnungsstaates als auch denen des Vollstreckungsstaates zu unterwerfen (Grundsatz der Meistbegünstigung).

Ungeachtet der für den Einzelnen „günstigen“ Überschneidungen beim gerichtlichen Rechtsschutz ist das Trennungsmodell mit Blick auf das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf keineswegs unproblematisch, denn dass die Sachgründe für den Erlass der Ermittlungsanordnung nur im Anordnungsstaat angefochten werden können, macht es für den im Vollstreckungsstaat von der Maßnahme Betroffenen aufgrund der zu überwindenden räumlichen Distanz, fehlender Sprachkenntnisse und der mangelnden Vertrautheit mit einer fremden Rechtsordnung sehr viel schwerer, Rechtsschutz zu erlangen als in einem rein innerstaatlichen Kontext.<sup>62</sup> Da sich die Richtlinie allein an den nationalen Regelungen zu vergleichbaren innerstaatlichen Fällen orientiert, kann sie diesen Problemen schon im Ausgangspunkt nicht wirksam begegnen. Die Garantie effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes muss zu diesem Zweck um eine transnationale Dimension erweitert werden, welche die besonderen Schwierigkeiten der grenzüberschreitenden Wahrnehmung dieses Rechts adressiert und durch Ausgleichs- bzw. Unterstützungsmaßnahmen kompensiert. Um den Zugang zum gerichtlichen Rechtsschutz im Anordnungsstaat zu erleichtern, kommen zwei Wege in Betracht:

Eine Möglichkeit bestünde in der Konzentration des Rechtsschutzes im Vollstreckungsstaat, d.h. das dort angerufene Gericht könnte in einem Verfahren über die Rechtmäßigkeit von Anordnung und Vollstreckung entscheiden; unter Umständen könnte dieser Entscheidung eine Vorlage an das

zuständige Gericht des Anordnungsstaates vorausgehen.<sup>63</sup> In der Tendenz kommt dieser Vorschlag der oben entwickelten restriktiven Auslegung des Art. 14 Abs. 2 RL EEA und der Annahme einer weiten Prüfungskompetenz des Gerichts im Vollstreckungsstaat nahe.

Ein anderer Weg bestünde darin, die Einlegung des Rechtsbehelfs im Vollstreckungsstaat zugleich als Anfechtung der Anordnung zu behandeln und an das zuständige Gericht des Anordnungsstaates weiterzuleiten.<sup>64</sup> Ein ähnlicher Mechanismus ist bereits für die grenzüberschreitende Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen durch Opfer von Straftaten vorgesehen.<sup>65</sup> Soweit die Vollstreckung nicht bereits aus anderen Gründen rechtswidrig ist, könnte das Gericht des Vollstreckungsstaates die gerichtliche Entscheidung im Anordnungsstaat abwarten und sodann auf dieser Grundlage über den Rechtsbehelf entscheiden.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die grenzüberschreitende Einlegung von Rechtsbehelfen gegenüber innerstaatlichen Verfahren ein gesteigertes Maß an rechtlchem Rat und Beistand erfordert. In den Verhandlungen zum Rahmenbeschluss über die vorläufige Sicherstellung von Beweismitteln hatte das Vereinigte Königreich eine Vorschrift vorgeschlagen, wonach der Anordnungsstaat angemessene Rechtsberatung und Beistand („adequate legal advice and assistance“) sicherstellen müsse.<sup>66</sup> Aus ähnlichen Erwägungen wird in grenzüberschreitenden Ermittlungsverfahren ein Recht auf „multinationale Verteidigerteams“ bzw. eine „doppelte Verteidigung“ gefordert, da eine effektive Verteidigung voraussetzt, dass rechtlich erhebliche Einwände vor dem jeweils zuständigen Gericht von einem in der jeweiligen Rechtsordnung vertrauten Rechtsbeistand vorgebracht werden können.<sup>67</sup>

## 2. Ineffektivität des Rechtsschutzes vor nationalen Gerichten

Ein weiteres strukturelles Problem grenzüberschreitender Rechtsbehelfe ist der Umstand, dass die gerichtliche Entscheidung für den Betroffenen zu spät kommt, da die Ermittlungsmaßnahme bereits vollstreckt und das erlangte Beweismaterial an den Anordnungsstaat übergeben worden ist, für den die gerichtliche Entscheidung im Vollstreckungsstaat keinerlei Bindungswirkung entfaltet. Dieses Problem lässt sich nur dadurch lösen, dass die Übermittlung des Beweismaterials ausgesetzt wird, bis über den Rechtsbehelf im Vollstreckungsstaat entschieden worden ist (Art. 13 Abs. 2 S. 1 RL EEA). Ob von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht wird,

<sup>63</sup> Roger, GA 2010, 29 (41); Schönemann/Roger, ZIS 2010, 92 (97).

<sup>64</sup> Böse (Fn. 26), Vorbemerkungen zum Rahmenbeschluss über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln, III. A. 3.9 Rn. 17.

<sup>65</sup> Art. 5 und 6 der Richtlinie 2004/80/EG v. 29.4.2004 zur Entschädigung der Opfer von Straftaten, ABl. EU Nr. L 261 v. 6.8.2004, S. 15.

<sup>66</sup> Rats-Dok. 11579/01, S. 4.

<sup>67</sup> Ahlbrecht/Lagodny, StraFo 2003, 329 (335); JUSTICE report, European Arrest Warrants – Ensuring an effective defence, 2012, S. 13 f.

<sup>61</sup> Siehe demgegenüber die grundsätzlichen Bedenken gegen eine Rechtswegspaltung unter Verweis auf Art. 13 EMRK bei Esser (Fn. 38), S. 1497 (1505 f.); zurückhaltender Gleß (Fn. 11), § 16 Rn. 32, 45 f.

<sup>62</sup> Ahlbrecht, StV 2013, 114 (117); Heydenreich, StV 2012, 439 (444); Schönemann/Roger, ZIS 2010, 92 (97); Swoboda, HRRS 2014, 10 (18).

liegt jedoch – sofern dem Betroffenen keine schweren oder irreparablen Schäden drohen (Art. 13 Abs. 2 S. 2 RL EEA) – im Ermessen der zuständigen Behörde („kann [...] ausgesetzt werden“).<sup>68</sup> In der Regel wird diese Möglichkeit jedoch schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil die Ermittlungsmaßnahme häufig heimlich vorgenommen und der Betroffene erst nachträglich über den Eingriff informiert wird, so dass er auch erst nach der Übermittlung des Beweismaterials einen entsprechenden Rechtsbehelf einlegen kann.<sup>69</sup>

Für eine solche Situation sieht die Richtlinie vor, dass der Anordnungsstaat eine erfolgreiche Anfechtung im Vollstreckungsstaat im Einklang mit seinem nationalen Recht „berücksichtigt“ (Art. 14 Abs. 7 S. 1 RL EEA). Durch den nachfolgenden Zusatz, wonach bei der Bewertung des erlangten Beweismittels im Strafverfahren die Verteidigungsrechte gewahrt und ein faires Verfahren gewährleistet werden muss (Art. 14 Abs. 7 S. 2 RL EEA), wird deutlich, in welchem Kontext diese Berücksichtigung erfolgen soll: Es geht um die Frage, ob und inwieweit die Rechtswidrigkeit der Vollstreckung der Europäischen Ermittlungsanordnung im Anordnungsstaat ein strafprozessuales Verwertungsverbot begründet. Über die Annahme eines Verwertungsverbotes könnte also der gerichtlichen Entscheidung im Anordnungsstaat mittelbar zur Durchsetzung verholten werden.

Die vom Unionsgesetzgeber gewählte Formulierung („berücksichtigt“) lässt allerdings deutlich erkennen, dass die erfolgreiche Anfechtung der Beweiserhebung im Vollstreckungsstaat keineswegs automatisch zur Unverwertbarkeit des Beweismittels im Anordnungsstaat führt.<sup>70</sup> Die Regelung hält vielmehr an dem Grundsatz fest, dass sich die Verwertung nach dem Recht des Staates bestimmt, in dem das Strafverfahren geführt wird (*lex fori*). Mit der Berücksichtigungspflicht weicht der Unionsgesetzgeber allerdings von der – zumindest in Deutschland – herrschenden Ansicht ab, wonach die Einhaltung des ausländischen Verfahrensrechts bei der Beweiserhebung für die Verwertung des erlangten Beweismaterials in einem inländischen Strafverfahren nicht überprüft werden muss.<sup>71</sup> Da das Gericht des Vollstreckungsstaats im Fall einer erfolgreichen Anfechtung die Rechtswidrigkeit der Vollstreckung einer Europäischen Ermittlungsanordnung festgestellt hat, impliziert die Berücksichtigungspflicht zugleich, dass auch das Tatgericht im Anordnungsstaat von der Rechtswidrigkeit der Vollstreckung der Ermittlungsanordnung auszugehen hat – auch wenn sich die daraus zu ziehenden Konsequenzen für die Verwertbarkeit weiterhin aus der *lex fori* ergeben. Man kann die Berücksichtigungspflicht insoweit auch als eine Ausprägung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Gerichtsentscheidungen bezeichnen. Ein deutsches Gericht hat also zu prüfen, ob die Rechtswidrigkeit der Beweiserhebung ein unselbständiges Beweisverwertungsverbot begründet, und bei der Abwägung

Art und Umfang des im Vollstreckungsstaat festgestellten Rechtsverstoßes einzubeziehen.

Ausgehend vom Prinzip der gegenseitigen Anerkennung ließe sich sogar noch ein weiterer Schritt in Erwägung ziehen, nämlich eine Anerkennung einer im Vollstreckungsstaat ergangenen gerichtlichen Anordnung, die erhobenen Beweismittel zurückzugeben oder zu vernichten.<sup>72</sup> Auf diese Weise wäre dem Betroffenen ein wirksames Mittel an die Hand gegeben, den in der Richtlinie garantierten Standard der Meistbegünstigung auch gerichtlich durchzusetzen. Eine entsprechende Pflicht lässt sich dem Wortlaut der Richtlinie nicht entnehmen, wäre aber eine konsequente Fortentwicklung des Art. 47 Abs. 1 GRC und der in der Richtlinie leider nur ansatzweise enthaltenen Bemühungen, die strukturellen Defizite des transnationalen Rechtsschutzes zu überwinden.

### 3. Die Richtlinie zur EEA als Grundlage eines Verwertungsverbotes im Anordnungsstaat?

Die Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung regelt die grenzüberschreitende Erhebung von Beweismaterial und dessen Übermittlung an den Anordnungsstaat. Zur Verwertung des auf diese Weise erlangten Beweismaterial im Anordnungsstaat enthält sie hingegen kaum Vorgaben, sondern überlässt diese Frage weitgehend dem im Anordnungsstaat geltenden Strafverfahrensrecht (vgl. Art. 14 Abs. 7 S. 2 RL EEA: „Unbeschadet der nationalen Verfahrensvorschriften [...]“; siehe oben 1.). Ungeachtet dessen stellt sich die Frage, ob ein Verstoß gegen die Richtlinie geeignet ist, im Strafverfahren des Anordnungsstaates ein unselbständiges Verwertungsverbot auszulösen. Nach der jüngsten Rechtsprechung des BGH kann ein strafprozessuales Verwertungsverbot auch auf einen Verstoß gegen ein völkerrechtliches Rechtshilfe-Übereinkommen gestützt werden.<sup>73</sup> Diese Grundsätze können auf die unionsrechtlichen Grundlagen der strafrechtlichen Zusammenarbeit übertragen werden.<sup>74</sup>

Der Beschuldigte kann sich allerdings nur dann zur Begründung eines Verwertungsverbotes auf die Richtlinie berufen, wenn diese zu seinen Gunsten unmittelbare Wirkung entfaltet. Dies setzt voraus, dass die betreffenden Bestimmungen inhaltlich unbedingt und hinreichend genau sind, der Mitgliedstaat diese aber nicht fristgemäß oder nur unzulänglich in das nationale Recht umgesetzt hat.<sup>75</sup> In Bezug auf die Richtlinie zur Europäischen Ermittlungsanordnung ist insoweit zu differenzieren.

<sup>68</sup> Siehe zu entsprechenden Änderungsvorschlägen des Parlaments *Ahlbrecht*, StV 2013, 114 (119).

<sup>69</sup> BGH StV 2014, 193 (194); siehe auch bereits BGH StV 2007, 627.

<sup>70</sup> Vgl. auch *Swoboda*, HRRS 2014, 10, die in der genannten Entscheidung Ansätze zu einer rahmenbeschlusskonformen Auslegung erkennt.

<sup>71</sup> EuGH, Urt. v. 5.4.1979 – C-148/78 (Ratti) = Slg. 1979, 1629 (1642 Rn. 23); EuGH, Urt. v. 11.7.2002 – C-62/00 (Marks & Spencer) = Slg. 2002, I-6325 (6358 Rn. 25); EuGH, Urt. v. 10.4.2003 – C-276/01 (Steffensen) = Slg. 2003, I-3735 (3770 ff. Rn. 42 ff.).

<sup>68</sup> Siehe zur Europäischen Beweisverordnung *Esser* (Fn. 38), S. 1497 (1507).

<sup>69</sup> *Swoboda*, HRRS 2014, 10 (18); siehe auch *Heydenreich*, StV 2012, 439 (444).

<sup>70</sup> *Heydenreich*, StV 2012, 439 (444).

<sup>71</sup> BGH StV 2014, 193 (196) m.w.N.

Was den Schutz durch die *lex loci* angeht, so verleiht die Richtlinie dem Betroffenen keinerlei Rechte, sondern begründet lediglich eine Befugnis der Vollstreckungsbehörde, die Vollstreckung der Europäischen Ermittlungsanordnung abzulehnen (Art. 11 Abs. 1 RL EEA: „kann [...] versagt werden“).<sup>76</sup> Es obliegt der Entscheidung des nationalen Gesetzgebers, diese Ablehnungsgründe als obligatorische oder fakultative Vollstreckungshindernisse auszugestalten. Eine unmittelbare Wirkung zugunsten des Betroffenen scheidet damit aus. Die allgemeine Gleichstellungsklausel (Art. 10 Abs. 1 RL EEA) ist weniger eindeutig formuliert, allerdings ergibt sich aus dem systematischen Kontext (siehe zur Prüfung der Erforderlichkeit Art. 10 Abs. 3 RL EEA: „kann [...] zurückgreifen“), dass die Richtlinie insoweit Handlungsmöglichkeiten eröffnet, aber keine entsprechenden Pflichten der Vollstreckungsbehörde begründen soll.<sup>77</sup> Die Ablehnungsgründe der Richtlinie i.V.m. der *lex loci* scheiden damit als Grundlage eines Verwertungsverbotes aus.

Demgegenüber werden die Voraussetzungen für den Erlass der Europäischen Ermittlungsanordnung (Zulässigkeit in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall, Verhältnismäßigkeit) eindeutig und verbindlich festgelegt (Art. 6 Abs. 1 RL EEA: „darf nur dann eine EEA erlassen, wenn [...]“). Die Vorschrift schützt die Grundrechte des Betroffenen, indem sie die Anordnungsbehörde an die nach der *lex fori* bestehenden Grenzen für innerstaatliche Ermittlungseingriffe und das Verhältnismäßigkeitsprinzip bindet, und lässt den Mitgliedstaaten insoweit keinerlei Umsetzungsspielraum. In ähnlicher Weise wird die Vollstreckungsbehörde an die *lex fori* gebunden, soweit sie die von der Anordnungsbehörde angegebenen Form- und Verfahrensvorschriften einzuhalten hat (Art. 9 Abs. 2 RL EEA). Die Einschränkung durch den *ordre public*-Vorbehalt (Art. 9 Abs. 2 a.E. RL EEA) ist ihrerseits hinreichend bestimmt und steht daher einer unmittelbaren Wirkung nicht entgegen.<sup>78</sup> Allerdings weist die vorliegende Konstellation die Besonderheit auf, dass die unmittelbare Wirkung nicht gegenüber dem Staat begründet wird, der seine Pflicht aus der Richtlinie verletzt hat (Vollstreckungsstaat), sondern gegenüber einem anderen Mitgliedstaat (Anordnungsstaat). Die Begründung einer unmittelbaren Wirkung im Anordnungsstaat ginge daher über die bisherige Rechtsprechung zur unmittelbaren Wirkung hinaus. Die *ratio* der unmittelbaren Wirkung, wonach sich ein Mitgliedstaat gegenüber dem Einzelnen nicht darauf berufen können soll, dass er seiner Umset-

zungspflicht nicht nachgekommen ist,<sup>79</sup> lässt sich aber nach dem Grundsatz der international-arbeitsteiligen Strafverfolgung auf die vorliegende Konstellation übertragen: Der Anordnungsstaat muss sich den Richtlinienverstoß des Vollstreckungsstaates zurechnen lassen, da er diesen für ein inländisches Strafverfahren einschaltet.<sup>80</sup> Der Einwand, der Anordnungsstaat könne nicht mehr tun als auf eine Einhaltung der von ihm angegebenen Form- und Verfahrensvorschriften hinzuwirken,<sup>81</sup> schließt eine solche Zurechnung nicht aus, da Anordnungs- und Vollstreckungsstaat gegenüber dem Beschuldigten gemeinsam für die Rechtmäßigkeit der grenzüberschreitenden Beweissammlung einzustehen haben.<sup>82</sup> Für eine solche Auslegung spricht nicht zuletzt, dass der BGH Art. 4 Abs. 1 EU-Rechtshilfe-Übereinkommen – die Vorläuferregelung zu Art. 9 Abs. 2 RL EEA – bereits als geeignete Grundlage eines Verwertungsverbotes angesehen hat<sup>83</sup> und es kaum verständlich wäre, mit dem neuen Instrument hinter ein bereits erreichtes Schutzniveau zurückzufallen. Voraussetzung ist allerdings, dass die jeweilige Form- bzw. Verfahrensvorschrift auf die Begründung eines subjektiven Rechts gerichtet ist (z.B. Recht auf Verteidigung).

Wie bereits erwähnt, regelt das Unionsrecht grundsätzlich nicht, unter welchen Voraussetzungen ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen ist. Bei der Entscheidung darüber, ob der Richtlinienverstoß ein Verwertungsverbot begründet, sind allerdings in zweierlei Hinsicht unionsrechtliche Vorgaben zu beachten:<sup>84</sup>

Zum Einen ergibt sich aus der Pflicht zur Umsetzung der Richtlinie (Art. 288 Abs. 3 AEUV), dass das nationale Recht im Fall einer Verletzung des mit der Richtlinie eingeräumten Rechts die gleichen Schutzgarantien (Rechtsbehelfe, Verwertungsverbote) vorsehen muss wie bei vergleichbaren Verstößen gegen das innerstaatliche Recht (Gleichbehandlungsgebot) und die Ausübung des betreffenden Rechts nicht praktisch unmöglich machen oder wesentlich erschweren darf (Effektivitätsgebot).<sup>85</sup> Eine wichtige Ausprägung des Effektivitätsgebotes ist die Gewährleistung gerichtlichen Rechtsschutzes

<sup>76</sup> Aus dem Vorrang des Primärrechts dürfte dies nicht für den europäischen *ordre public*-Vorbehalt gelten (Art. 11 Abs. 1 lit. d und f RL EEA), d.h. insoweit besteht eine Pflicht, die Vollstreckung zu verweigern. Die spiegelbildlichen Rechte des Einzelnen ergeben sich indessen nicht aus der Richtlinie, sondern aus dem Primärrecht (Art. 6 Abs. 1 EUV i.V.m. der Grundrechte-Charta).

<sup>77</sup> Siehe insoweit auch Präambel Nr. 10 („Die Vollstreckungsbehörde ist befugt ...“).

<sup>78</sup> Siehe insoweit bereits EuGH, Urt. v. 4.12.1974 – 41/74 (van Duyn) = Slg. 1974, 1337 (1349 Rn. 13/14).

<sup>79</sup> *Biervert*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 288 AEUV Rn. 29.

<sup>80</sup> Vgl. EGMR, Urt. v. 27.10.2011 – 25303/08 (Stojkovic v. Frankreich und Belgien), Rn. 55; siehe auch zur Zurechnung von Auslieferungshaft im ersuchten Staat EGMR, Urt. v. 21.4.2009 – 11956/07 (Stephens v. Malta), Rn. 51 ff.

<sup>81</sup> Vgl. für die Fälle, in denen keine Pflicht des ersuchten Staates besteht, den Vorgaben des ersuchenden Staates Folge zu leisten Böse, ZStW 114 (2002), 148 (168 f.).

<sup>82</sup> *Vogel* (Fn. 12), Vor § 1 IRG Rn. 40; siehe auch *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2012, 619 (623). Dementsprechend erstreckt sich die zivilrechtliche Haftung des Vollstreckungsstaates auch auf Schäden, die von Beamten des Anordnungsstaates verursacht worden sind (Art. 18 Abs. 2 RL EEA).

<sup>83</sup> BGH StV 2007, 627.

<sup>84</sup> Siehe insoweit *Dannecker*, ZLR 2009, 606 (610 f.).

<sup>85</sup> EuGH, Urt. v. 10.4.2003 – C-276/01 (Steffensen) = Slg. 2003, I-3735 (3774 ff. Rn. 60 ff.).

gegen eine (mögliche) Verletzung des garantierten Rechts.<sup>86</sup> Soweit dem Betroffenen daher im Vollstreckungsstaat kein effektiver Rechtsschutz gewährt wird, z.B. weil das innerstaatliche Recht keinen entsprechenden Rechtsbehelf (z.B. gegen eine bereits abgeschlossene Vernehmung) vorsieht, kann daher das Effektivitätsgebot verletzt sein, wenn das Tatgericht im Anordnungsstaat nicht inzident einen Verstoß gegen die Richtlinie prüft und auf dieser Grundlage über die Verwertung des erlangten Beweismaterials entscheidet.

Darüber hinaus ist das Gericht des Anordnungsstaates bei der Verwertung des erlangten Beweismaterials an die Grundrechte-Charta gebunden, insbesondere sind das Recht auf ein faires Verfahren (Art. 47 Abs. 2 GRC) und die Rechte der Verteidigung (Art. 48 Abs. 2 GRC) zu gewährleisten (Art. 14 Abs. 7 S. 2 RL EEA). Diese zweite Grenze ist gerade dann zu beachten, wenn über die Frage zu entscheiden ist, ob aus einem Richtlinienverstoß bei der Beweiserhebung ein Beweisverwertungsverbot abzuleiten ist.<sup>87</sup> Wird dem Angeklagten durch den Richtlinienverstoß die Möglichkeit genommen, wirksam Einwände gegen die Zuverlässigkeit des Beweismittels zu erheben, so kann darin ein Verstoß gegen den Fairnessgrundsatz liegen, der ein strafprozessuales Verwertungsverbot begründet.<sup>88</sup>

Ob ein Verstoß gegen die *lex loci* ohne Rückgriff auf die Richtlinie ein Verwertungsverbot zu begründen vermag,<sup>89</sup> kann an dieser Stelle nicht mehr vertieft werden. Der BGH hat es kürzlich abgelehnt, die Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung im Ausland am Maßstab der *lex loci* zu überprüfen und das Ergebnis dieser Prüfung der Entscheidung über die Verwertbarkeit zu Grunde zu legen.<sup>90</sup> Der BGH geht dabei davon aus, dass nach Völker- und Unionsrecht zu einer solchen Prüfung nur die Gerichte des ersuchten Staates befugt seien und verweist in diesem Zusammenhang ergänzend auf

den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung.<sup>91</sup> Wie oben bereits festgestellt wurde, schließt der Prüfungsgegenstand (ausländischer Hoheitsakt) eine inzidente gerichtliche Überprüfung durch deutsche Gerichte nicht von vornherein aus (siehe oben 1.). Da deutsche Gerichte mitunter auch ausländisches Recht anzuwenden haben (siehe zur Strafbarkeit am Tatort § 7 StGB)<sup>92</sup>, erscheint es durchaus denkbar, dass auch im vorliegenden Zusammenhang ausländisches Verfahrensrecht zur Anwendung kommen könnte, ohne dass die Souveränität bzw. völkerrechtliche Immunität des ersuchten Staates dadurch verletzt würde.<sup>93</sup> Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung verbietet eine Prüfung ebenfalls nicht, da er – wie gerade die Europäische Ermittlungsanordnung zeigt (siehe oben II. 2.) – Ausnahmen und Vorbehalte zulässt.<sup>94</sup> Für die Auffassung des BGH sprechen gleichwohl die funktionalpragmatischen Erwägungen (Aufgabenteilung)<sup>95</sup>, auf denen das bisherige Trennungsmodell beruht, das die gerichtliche Überprüfung der Beweiserhebung am Maßstab der *lex loci* dem ersuchten Staat zuweist (siehe oben 1.).<sup>96</sup> Den Rechtsschutzdefiziten, die mit diesem Modell einhergehen,<sup>97</sup> begegnet die Richtlinie zwar nur unzureichend (Art. 14 Abs. 7 S. 1 RL EEA, siehe oben 2.). Die Regelung spiegelt aber zugleich das vorherrschende Grundverständnis wider, wonach es – vorbehaltlich einer abweichenden Regelung – nicht Aufgabe der Gerichte des ersuchenden Staates (Anordnungsstaates) ist, die Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung am Maßstab der *lex loci* zu überprüfen.

#### IV. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die Beweiserhebung und der Beweistransfer auf der Grundlage einer Europäischen Ermittlungsanordnung weitgehend den bisher geltenden Grundsätzen der internationalen Beweisrechtshilfe folgen. Der Schutz des Beschuldigten bzw. Drittbetroffenen gegenüber strafprozessualen Ermittlungseingriffen bleiben durch das Meistbegünstigungsprinzip (Schutz durch *lex fori* und *lex loci*) gewahrt. Die wesentlichen Neuerungen liegen damit in dem beschleunigten (Fristenregime, Art. 12 RL EEA) und standardisierten (Formular, Art. 5 i.V.m. Anhang A) Verfahren,<sup>98</sup> so dass zu erwarten ist, dass Umfang und Bedeutung der grenzüberschreitenden Beweiserhebung mit dem neuen Instrument zunehmen werden.<sup>99</sup> Diese Ent-

<sup>86</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 10.4.2003 – C-276/01 (Steffensen) = Slg. 2003, I-3735 (3776 Rn. 66); siehe zum völkerrechtlich garantierten Recht auf konsularischen Beistand (Art. 36 Wiener Konsularrechtsübereinkommen) und dem Zusammenhang von effektiver Gewährleistung, Rechtsschutz und der Begründung eines Verwertungsverbotes BVerfG StV 2008, 1 (4); BVerfG NJW 2011, 207 f.

<sup>87</sup> Siehe bereits EuGH, Urt. v. 10.4.2003 – C-276/01 (Steffensen) = Slg. 2003, I-3735 (3777 ff. Rn. 71 ff.).

<sup>88</sup> Siehe zum Recht auf eine Zweitprobe als Grundlage eines Gegengutachtens bei der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten im Lebensmittelrecht: EuGH, Urt. v. 10.4.2003 – C-276/01 (Steffensen) = Slg. 2003, I-3735 (3779 Rn. 78 f.); siehe auch zum Strafverfahren EuGH, Beschl. v. 19.5.2009 – C-166/08, (Weber) = Slg. 2009, I-4253 (4269 Rn. 32). In dem letztgenannten Fall hat das deutsche Gericht ein Verwertungsverbot angenommen, siehe OVG Münster, ZLR 2009, 370; ebenfalls für ein Verwertungsverbot *Dannecker*, ZLR 2009, 606 (611); *Esser*, StV 2004, 221 (227).

<sup>89</sup> Für Verstöße gegen die *lex fori* ist diese Frage unproblematisch, da die Verwertung des Beweismittels ohnehin der *lex fori* folgt und daher die allgemeinen Regeln zur Begründung unselbständiger Verwertungsverbote Anwendung finden.

<sup>90</sup> BGH StV 2014, 193 (196).

<sup>91</sup> BGH StV 2014, 193 (196); siehe auch bereits BGH wistra 2005, 58 (60).

<sup>92</sup> *Gleiß*, ZStW 125 (2013), 573 (594 f.).

<sup>93</sup> Siehe auch *Schuster*, StV 2014, 198 (201).

<sup>94</sup> *Schuster*, StV 2014, 198 (201).

<sup>95</sup> Siehe insoweit die Beispiele bei *Gleiß*, ZStW 125 (2013), 573 (596).

<sup>96</sup> Siehe dazu näher *Böse*, ZStW 114 (2002), 148 (150 ff.); ablehnend *Schuster*, Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise im deutschen Strafprozess, 2006, S. 105 ff.

<sup>97</sup> Siehe die entsprechende Kritik bei *Schuster*, StV 2014, 198 (200 f.).

<sup>98</sup> Siehe auch *Ahlbrecht*, StV 2013, 114 (120).

<sup>99</sup> Mit der Einführung des Europäischen Haftbefehls stieg die Zahl der von Deutschland bewilligten Auslieferungen an an-

wicklung macht es umso dringlicher, die bereits unter dem bislang geltenden Rechtsrahmen des Beweistransfers bestehenden Probleme, insbesondere im Zusammenhang mit dem Rechtsschutz, anzugehen. Die Pflicht zur Berücksichtigung der erfolgreichen Anfechtung der Vollstreckung von Ermittlungsmaßnahmen (Art. 14 Abs. 7 S. 1 RL EEA) enthält erste Ansätze zu einer Modifikation des Trennungmodells, bleibt aber vage und unbestimmt. Die Rechtsschutzdefizite werfen zugleich ein Schlaglicht auf einen blinden Fleck der Diskussion über die Schaffung gemeinsamer Mindeststandards für die Rechte des Beschuldigten, die vor allem mit Blick auf das innerstaatliche Strafverfahren geführt wird,<sup>100</sup> ohne auf die spezifische Situation des Beschuldigten einzugehen, der sich grenzüberschreitenden Ermittlungen durch einen aus mehreren Mitgliedstaaten bestehenden Strafverfolgungsverbund ausgesetzt sieht.<sup>101</sup> Eine der Herausforderungen für den Unionsgesetzgeber, aber auch für Wissenschaft und Praxis wird darin bestehen, die bestehenden Grund- und Verfahrensrechte um eine transnationale Dimension zu erweitern (siehe bereits Art. 50 GRC) und damit der besonderen Gefährdungslage des Beschuldigten in der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit Rechnung zu tragen.<sup>102</sup>

---

dere Mitgliedstaaten von 354 (2003) auf 1179 Fälle (2010) an, siehe *Wahl*, in: Albers u.a. (Fn. 19), S. 268 (283). Diese Zunahme lässt sich nicht (allein) mit der Abschaffung bzw. Einschränkung der traditionellen Auslieferungshindernisse (Auslieferungsverbot für deutsche Staatsangehörige sowie für politische, militärische und fiskalische Delikte, Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit) erklären.

<sup>100</sup> Siehe etwa *Cape/Namoradze/Smith/Spronken*, *Effective Criminal Defence in Europe*, 2010; *Polakiewicz*, *EuGRZ* 2010, 11; *Vogel/Matt*, *StV* 2007, 206.

<sup>101</sup> Siehe aber bereits *Ahlbrecht/Lagodny*, *StraFo* 2003, 329 (333 ff.); siehe allgemein *F. Meyer*, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam (Fn. 9), S. 87 (97 ff.), sowie zuletzt das Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht von *Asp u.a.*, *ZIS* 2013, 412 (427).

<sup>102</sup> Siehe zusammenfassend *Böse*, in: *Europäisches Strafrecht* (Fn. 11), § 27 Rn. 17 m.w.N.

---