

# Die Verwertung im Ausland erhobener Beweise im europäischen Rechtsraum

## Grundrechtliche Probleme und neue Herausforderungen am Beispiel des italienischen Strafprozessrechts\*

Von Prof. Dr. Stefano Ruggeri, Messina

*Das Thema der Verwertung im Ausland erhobener Beweise führt im heutigen europäischen Rechtsraum zu Fragestellungen, die über das traditionelle Problem hinausgehen, unter welchen Bedingungen ausländische Beweismittel zu Zwecken einer nationalen Strafverfolgung verwertet werden können. Im bereits hoch integrierten Szenario des europäischen Rechtshilfeverkehrs stellt sich die viel komplexere Frage, inwieweit bzw. unter welchen Voraussetzungen nationale Auslandsbeweise zu Zwecken einer transnationalen Strafverfolgung verwertet werden können. Wohl kann sich die Erlangung von Auslandsbeweisen im Rahmen eines Verfahrens wegen einer Straftat, die eine rein nationale Dimension aufweist, rechtfertigen lassen, allerdings spiegeln heutzutage viele der komplexesten transnationalen Strafermittlungen die grenzüberschreitende Dimension der verfolgten Straftat wider.*

*Vor diesem Hintergrund erweist sich ein rein beweisrechtlicher Lösungsansatz als ungeeignet. Vielmehr ist eine differenzierte Betrachtung der Problematik notwendig, die, ausgehend vom materiellen Recht, bereichsübergreifende Lösungsansätze erfordert. Der Bedarf nach einem solchen Ansatz ist vor allem im Rechtsverkehr unter EU-Mitgliedstaaten sichtbar. Unter welchen Bedingungen kann man in einem auf einem gemeinsamen Konzept von Freiheit, Sicherheit und Recht beruhenden Rechtsraum von der Verwertung ausländischer Beweise sprechen? Und vor allem, wie können bei der transnationalen Beweiserlangung die staatsbezogenen Interessen der kooperierenden Staaten mit der Anforderung an einen hohen Grundrechtsschutz der in eine transnationale Strafverfolgung involvierten Personen ausgeglichen werden?*

*Auf diese Fragestellungen gilt es im vorliegenden Beitrag am Beispiel des italienischen Strafverfahrensrechts einzugehen. Es soll insbesondere geprüft werden, ob bzw. inwieweit das italienische Recht die Frage der Verwertung ausländischer Beweise als einen Teil einer transnationalen Gesamtstrafverfolgung ansieht oder nur im Lichte rein innerstaatlicher Bedürfnisse betrachtet. Darüber hinaus gilt es festzustellen, ob im italienischen Strafprozessrecht die Frage der Verwertung in anderen EU-Ländern erhobener Beweise eine besondere Ausprägung findet.*

---

\* Dieser Beitrag stellt eine erweiterte Fassung meines Aufsatzes „Die Verwertung von Auslandsbeweisen im europäischen Rechtsraum. Die Perspektive des italienischen Strafprozessrechts“ dar, der im Tagungsband „Pozaprosesowe pozyskiwanie dowodów i ich wykorzystanie w procesie karnym“ (Hrsg. Hofmański u.a.) im Herbst 2015 erscheinen wird. Für die wertvollen Hinweise möchte ich meinem Kollegen Herrn Prof. Dr. Arndt Sinn (Universität Osnabrück) ganz herzlich danken. Frau Dr. Konstanze Jarvers (Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i.Br.) bin ich für die sprachliche Überprüfung meines Beitrags sehr dankbar.

### I. Grundmerkmale der italienischen Beweisrechtshilfe

#### 1. Prämisse

Die in Italien geltenden Regeln zur internationalen Rechtshilfe haben grundsätzlich zwei Rechtsquellen, d.h. nationales und internationales Recht. Die nationale Regelung findet sich – dem französischen Rechtspflegemodell folgend – meist in der Strafprozessordnung, d.h. im 11. Buch der italienischen Strafprozessordnung (codice di procedura penale, im Folgenden CPP) von 1988, das die justiziellen internationalen Beziehungen mit ausländischen Behörden regelt.

Mit dieser Einordnung zielte das 1988-CPP darauf ab, die (Beweis-)Rechtshilfe an die Grundprinzipien der neuen Strafprozessordnung anzuknüpfen, was zum Übergang von einem stark politisch geprägten Bewilligungsverfahren zu einem justiziellen Verfahren erheblich beigetragen hat.<sup>1</sup> Den nationalen Regeln kommt aber im 1988-CPP nur eine subsidiäre Rolle zu. Die prozessrechtliche Regelung kann nämlich nur im Falle vertragsloser Rechtshilfe Anwendung finden. Darüber hinaus kann sie allenfalls zur Schließung von Rechtslücken im Zusammenhang mit Völkerrechtsinstrumenten dienen. Gibt es solche völkervertraglichen, im Inland geltenden Rechtshilfeinstrumente, findet die Beweisrechtshilfe immer nur aufgrund von völkerrechtlichen Regelungen statt.<sup>2</sup>

#### 2. Die Erlangung von Auslandsbeweisen – Das veraltete italienische Rechtsinstrumentarium

Vor diesem Hintergrund ergibt ein Blick auf das in Italien geltende internationale Rechtsinstrumentarium zur Erlangung von Auslandsbeweisen ein eher besorgniserregendes Bild. Im europäischen Rechtsraum gelten auf internationaler Ebene das Europäische Rechtshilfeübereinkommen (1959, im Folgenden EuRhÜbk) und das Schengener Durchführungsübereinkommen (1990, im Folgenden SDÜ) als allgemeine völkerrechtliche Hauptregelungen – Ersteres allerdings in einer nicht mehr aktuellen Fassung, da Italien das II. Zusatzprotokoll zum EuRhÜbk (2001) noch nicht ratifiziert hat. Auf EU-Ebene zählt Italien zu den wenigen Mitgliedstaaten, die das EU-RhÜbk (2000) noch nicht ratifiziert haben. Bislang sind darüber hinaus weder der Rahmenbeschluss über gemeinsame Ermittlungsgruppen (Rb 2002/465/JI) noch der Rahmenbeschluss über die europäische Beweisanordnung (Rb 2008/978/JI) umgesetzt worden, sodass es eine allgemeine gesetzliche Grundlage weder für das Tätigwerden gemeinsamer Ermittlungsteams noch für eine auf dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung basierende vereinfachte Beweisrechtshilfe unter EU-Mitgliedstaaten gibt.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Chiavario, in: Chiavario (Hrsg.), Commento al nuovo codice di procedura penale, Bd. 6, 1991, S. 661 (668).

<sup>2</sup> Art. 696 Abs. 2 CPP.

<sup>3</sup> Für einen Überblick über die italienischen Rechtslage siehe Caprioli, in: Ruggeri (Hrsg.), Transnational inquiries and the

Andererseits weist das innerstaatliche Prozessrecht trotz der stärkeren Rolle der Judikatur in den internationalen Beziehungen in Strafsachen als der des 1930-CPPs einen eher veralteten Ansatz zur Beweisrechtshilfe auf, der auf dem klassischen Modell der förmlichen Rechtshilfeersuchen (rogatorie internazionali) beruht, ohne dass dieses bisher – anders als in anderen am Rechtspflegemodell orientierten Ländern<sup>4</sup> – durch modernere, auf EU-Ebene eingeführte Lösungsansätze integriert worden ist. Trotz dieser kulturellen Rückständigkeit findet der Beweisaustausch im vertraglosen Rechtsverkehr aufgrund des allgemeinen Verfügbarkeitsprinzips statt, was viele menschenrechtliche Bedenken aufwirft. In den letzten Jahren hat sich nämlich immer mehr eine Praxis durchgesetzt, die auf informellen Vereinbarungen mit ausländischen Behörden beruht. Diese zielen darauf ab, im Rahmen eines im Ausland geführten förmlichen Verfahrens Beweismittel im Interesse der italienischen Strafverfolgung zu erheben, ohne das Rechtsinstrumentarium (und die Beschränkungen) der internationalen Rechtshilfeersuchen einzuhalten.<sup>5</sup>

### 3. Die Verwertung ausländischer Beweise im italienischen Prozessrecht

#### a) Das Gesetzesrecht

Die Verwertung ausländischer Beweismittel wird meist als eine Frage rein innerstaatlichen Rechts betrachtet. Daher findet sie ihre Hauptrechtsquelle im nationalen Recht, da die Auslandsbeweise ja der innerstaatlichen Strafverfolgung dienen sollen. Das 1988-CPP enthält sowohl in seinem 11. Buch als auch in anderen Teilen spezifische Regeln zur Verwertung ausländischer Beweise.

Ausgangspunkt für die Analyse der italienischen Regelung zur Verwertung ausländischer Beweismittel ist die vom 1988-CPP eingeführte Unterscheidung zwischen den Gerichtsakten (fascicolo per il dibattimento) und den staatsanwaltlichen Verfahrensakten (fascicolo del pubblico ministero), die tendenziell alle Ergebnisse der meist im Vorverfahren durchgeführten Ermittlungen der Strafverfolgungsorgane<sup>6</sup> sowie die im Zwischenverfahren erlangten Beweise<sup>7</sup> umfas-

sen. Diese Differenzierung lässt sich dadurch rechtfertigen, dass nur die Gerichtsakten im Hauptverfahren verlesen und demzufolge zur Entscheidungsfindung verwertet werden können. Das Gericht des Hauptverfahrens darf in der Regel nicht einmal von den staatsanwaltschaftlichen und polizeilichen Beweisinformationen Kenntnis nehmen.<sup>8</sup>

Vor diesem Hintergrund lassen sich folgende Fallkonstellationen unterscheiden:

aa) Im Ausland durch ein Gerichtsverfahren bereits erhobene Beweismittel können gemäß Art. 238 CPP unter denselben Voraussetzungen, die für innerstaatliche Fälle gelten,<sup>9</sup>

Hauptverfahren kann beim Auftreten neuer Beweise eröffnet werden. Anders als in anderen Rechtsordnungen können im italienischen Strafprozessrecht die im Zwischenverfahren zu erlassenden Entscheidungen nicht nur auf den im Vorverfahren bereits erhobenen Beweisinformationen (Art. 416 CPP), sondern ausnahmsweise auch auf Beweisen, die in einer nicht öffentlichen Verhandlung (sogar auf richterlicher Initiative) erhoben werden (Art. 422), beruhen. Darüber hinaus kann der für das Zwischenverfahren zuständige Richter den Staatsanwalt mit zusätzlichen Ermittlungen beauftragen (Art. 421-bis CPP).

<sup>8</sup> Es ist jedenfalls bemerkenswert, dass staatsanwaltschaftliche und polizeiliche Beweisinformationen zu prozessrechtlichen Zwecken bzw. Zwischenurteilen sowohl im Vorverfahren (indagini preliminari) als auch im Zwischenverfahren (udienza preliminare) verwertet werden können. Zu erwähnen sind vor allem das Untersuchungshaftverfahren, das zur Genehmigung einer Telekommunikationsüberwachung führende Verfahren sowie die Entscheidungsfindung in alternativen Verfahren.

<sup>9</sup> Durch Art. 238 CPP hat die 1988-Kodifikation erstmals eine umfassende Regelung zur Erlangung und Verwertung in anderen Verfahren erhobener Beweise eingeführt. Obwohl sich diese Regelung nicht nur auf in anderen Strafverfahren erhobene Beweise beschränkt, haben die meisten Vorschriften den Beweisverkehr zwischen Strafprozessen zum Gegenstand. Unterschiedliche Bedingungen gelten allenfalls je nach der Verfahrensart. So unterliegt die Erlangung im Zivilverfahren erhobener Beweise der Bedingung, dass der Zivilprozess durch ein rechtskräftiges Urteil abgeschlossen wurde (Abs. 2). Aus anderen Strafprozessen dürfen in der Regel nur Beweise erlangt werden, die entweder durch ein ad hoc richterliches Beweisverfahren in der Ermittlungsphase oder im Hauptverfahren erhoben wurden (Abs. 1). In beiden Fällen können allerdings Aussagen von Zeugen und Mitbeschuldigten ausschließlich gegen diejenigen Beschuldigten verwertet werden, deren Verteidiger an der Vernehmung beteiligt wurden (Abs. 2-bis). In jedem Falle ist die Erlangung unwiederholbarer Beweise erlaubt und, anders als die ursprüngliche Regelung vom 1988 vorgesehen hatte, legt heute Abs. 3 fest, dass die Unwiederholbarkeit zur Zeit der Beweiserlangung im anderen Verfahren unvorhersehbar sein musste. Über diese Bedingungen hinaus können Aussagen gegen den Beschuldigten ausschließlich mit seinem Einverständnis verwertet werden. Ansonsten gelten die allgemeinen, in den Art. 500 und 503 CPP enthaltenen Regeln, die die Verwertung im

---

protection of fundamental rights in criminal proceedings, A study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina, 2013, S. 439.

<sup>4</sup> Zu erwähnen sind insbesondere die im 4. Buch, 10. Titel, 2. Kapitel des französischen CPP enthaltenen Vorschriften zur entraide judiciaire internationale zwischen Frankreich und anderen EU-Mitgliedstaaten.

<sup>5</sup> Melillo, in: Illuminati (Hrsg.), Prova penale e Unione Europea, 2009, S. 93 (103). Für einen Überblick über die italienische Rechtsprechung siehe Caprioli (Fn. 3), S. 451.

<sup>6</sup> Die Möglichkeit, dass nach der Anklageerhebung weitere Ermittlungen durchgeführt werden, stellt im italienischen Verfahrensrecht eine Ausnahme dar.

<sup>7</sup> Durch das Zwischenverfahren wird überprüft, ob das Hauptverfahren eröffnet werden soll. Falls nicht, wird eine Entscheidung erlassen, durch die – anders als im 1930-CPP – der Beschuldigte nicht freigesprochen wird (Art. 425 CPP). Das

erlangt und verwertet werden.<sup>10</sup> Daraus folgt insbesondere, dass Aussagen von Zeugen und Mitbeschuldigten ausschließlich gegen diejenigen Beschuldigten verwertet werden können, deren Verteidiger an der Vernehmung im Ausland beteiligt waren. Von dieser allgemeinen Regel weicht der Fall ab, in dem unwiederholbare Beweise von der ausländischen Polizei bereits erlangt wurden. Diese können auch verwertet werden, ohne dass der Verteidiger anwesend war, wenn die Verfahrensbeteiligten damit einverstanden sind bzw. nachdem die zu vernehmende Person dort aufgrund eines Rechtshilfeersuchens im kontradiktorischen Verfahren verhört wurde.<sup>11</sup>

bb) Im Ausland noch nicht erlangte Beweismittel können in der Regel nur durch internationale Rechtshilfeersuchen erhoben werden. Deren Verwertung unterliegt allerdings folgenden Bedingungen:

- Wiederholbare Beweismittel (z.B. eine Zeugenaussage), die mit Hilfe eines Rechtshilfeverfahrens erlangt wurden, können unter der Voraussetzung, dass der Verteidiger an der Beweisbeschaffung im Ausland beteiligt wurde und ihm dieselben Befugnisse wie im italienischen Recht eingeräumt wurden, in die Gerichtsakten aufgenommen werden;
- Urkunden sowie von Anfang an unwiederholbare Beweismittel (z.B. die Resultate einer DNA-Analyse) können ohne weitere Bedingungen in die Gerichtsakten aufgenommen werden, wenn sie im Rahmen eines Rechtshilfeverfahrens erlangt wurden;<sup>12</sup>
- die durch Rechtshilfeverfahren im Vorverfahren erlangten Zeugenaussagen einer im Ausland wohnenden Person, die ursprünglich wiederholbar waren, im Hauptverfahren aber aufgrund zeitlich nachfolgender Ereignisse nicht mehr wiederholt werden können, können auf Ersuchen eines Verfahrensbeteiligten und unter Berücksichtigung der weiteren bereits erhobenen Beweismittel verlesen werden, wenn der Zeuge, obwohl er geladen wurde, vor Gericht nicht erschienen ist, vorausgesetzt, dass die Vernehmung im italienischen Hauptverfahren völlig unmöglich ist.<sup>13</sup>

Vorverfahren erhobener Aussagen in der Regel nur zur Überprüfung der Glaubwürdigkeit der Zeugen und Mitbeschuldigten zulassen (Abs. 4). Schließlich sind besondere Regeln für Strafverfahren wegen mafiaartiger organisierter Kriminalität sowie anderer in den Art. 51 Abs. 3-bis und 190-bis CPP vorgesehener schwerer Verbrechen vorgesehen – vorbehaltlich der für solche Fälle gesetzlich festgesetzten Beschränkungen für das Konfrontationsrecht kommt den Verfahrensparteien insbesondere das Recht zu, die Vernehmung der Personen, deren Aussagen erlangt wurden, zu beantragen (Abs. 5).

<sup>10</sup> Art. 78 Abs. 1 der Durchführungs- und Koordinierungsbestimmungen des CPP (im Folgenden CPP-DKB).

<sup>11</sup> Art. 78 Abs. 2 CPP-DKB.

<sup>12</sup> Art. 431 lit. d CPP.

<sup>13</sup> Art. 512-bis CPP.

Die Analyse des Gesetzesrechts zeigt ein in vielfacher Hinsicht unbefriedigendes Bild. Im Hinblick auf bereits erhobene Beweise erfordert der bloße Verweis auf Art. 238 CPP die Einhaltung nationaler Regeln, die allerdings entweder unrealistische Bedingungen setzen oder mit rein innerstaatlichen Rechtsinstrumenten verbunden sind. So stellt z.B. die Beteiligung des Verteidigers des Beschuldigten an der Vernehmung im Ausland gemäß Art. 238 Abs. 2-bis CPP eine eher unwahrscheinliche Eventualität dar. Darüber hinaus lässt sich die von Art. 238 Abs. 3 CPP vorausgesetzte unvorhersehbare Unwiederholbarkeit des Beweises dadurch rechtfertigen, dass die Staatsanwaltschaft sowohl im Vorverfahren als auch im Zwischenverfahren berechtigt ist, ein richterliches Verfahren zu beantragen, das auf die Erlangung dringender und potentiell gefährdeter Beweise abzielt (*incidente probatorio*). Durch diese Vorschrift soll also verhindert werden, dass im Vorverfahren erlangte Beweise in die Gerichtsakten aufgenommen werden, die im Hauptverfahren nicht wiederholt werden können, wenn damals die Ursache der Unwiederholbarkeit vorhersehbar oder sogar bekannt war. Ein solcher Mechanismus beruht aber auf der Möglichkeit, dass die Strafverfolgungsbehörden im Vorverfahren ein richterliches Beweisverfahren nutzen können, das nicht in allen Staaten vorhanden ist.

Weitere Kritikpunkte betreffen die Verwertung der Beweise, die durch internationale Rechtshilfeersuchen erhoben wurden. Als problematisch erweist sich vor allem, dass unwiederholbare Beweisinformationen bedingungslos in die Gerichtsakten aufgenommen werden können. Dies kann zu Problemen der Vereinbarkeit mit dem Konfrontationsrecht führen, von dem die Verfassung das Abweichen nur im Falle „nachgewiesener objektiver Unmöglichkeit“ (*accertata impossibilità di natura oggettiva*) erlaubt.<sup>14</sup> Eher schwierig zu rechtfertigen ist im Lichte des Konfrontationsrechts auch, dass ursprünglich wiederholbare Beweise (insbesondere Zeugenaussagen) in die Gerichtsakten aufgenommen und verwertet werden können, wenn allein der Verteidiger an der Vernehmung beteiligt wurde, obwohl der Beschuldigte seine persönliche Teilnahme beantragt hatte.<sup>15</sup>

#### *b) Die strafrechtliche Rechtsprechung*

Vor diesem Hintergrund weist die italienische Rechtsprechung einen differenzierenden Ansatz bezüglich der Verwertung ausländischer Beweise auf, je nachdem, ob es sich um Sachurteile oder um Zwischenurteile handelt:

aa) Für das Sachurteil im Hauptverfahren hat das Strafgericht nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichts<sup>16</sup> sowie des Kassationsgerichts<sup>17</sup> in allen erwähnten Fallkonstellationen (d.h. auch wenn der ausländische Beweis bereits erlangt und bereits in die Gerichtsakten aufgenommen wurde) die allgemeine Pflicht, die Vereinbarkeit des ausländischen

<sup>14</sup> Art. 111 Abs. 5 Verf.

<sup>15</sup> Kassationsgericht, Urt. v. 1.12.2010 – (De Falco) = CED Cass. Rv. 248963.

<sup>16</sup> Verfassungsgericht, Urt. v. 13.7.1995 – 379/1995.

<sup>17</sup> Kassationsgericht, Urt. v. 8.3.2002 – (Pozzi) = CED Cass. Rv. 222025.

dischen Beweises anhand der Grundprinzipien der italienischen Rechtsordnung (*principi fondamentali dell'ordinamento interno*) zu überprüfen, bevor dieser verwertet werden kann.

bb) Im Gegensatz hierzu können für alle potentiellen Zwischenurteile im Ausland erhobene Beweise grundsätzlich bedingungslos verwertet werden, sogar wenn die Garantien des italienischen CPPs im ausländischen Verfahren nicht gewährt wurden und sogar dann, wenn die Zustimmung des Beschuldigten nicht vorgelegen hat.<sup>18</sup>

Auch der von der italienischen Rechtsprechung angewandte Ansatz gibt Anlass zu mehreren grundrechtlichen Bedenken. Dass die Verwertbarkeit ausländischer Beweise nur von ihrer Vereinbarkeit mit den Grundprinzipien des innerstaatlichen Rechts abhängig ist, zeigt (ähnlich wie in anderen Ländern) eine klare Tendenz zur Abschwächung der ordentlichen Beweisverwertungskriterien. So hat z.B. das Kassationsgericht die durch gerichtliche Vernehmung ohne kontradiktorisches Verfahren erhobenen Zeugenaussagen für verwertbar gehalten, vorausgesetzt, dass dies gemäß der *lex loci* erlaubt ist.<sup>19</sup> Außerdem führt der herrschende Ansatz dazu, dass für den Erlass von Zwischenurteilen ausländische Beweismittel auch ohne die Einhaltung der ordentlichen gesetzlichen beweisrechtlichen Bedingungen verwertet werden können, und das sogar, wenn im Ausland Grundrechtseingriffe zur Beweiserlangung vorgenommen wurden.

## II. Grundrechtsschutz bei der italienischen Beweisrechtshilfe

### 1. Die Frage der Verfassungsmäßigkeit der italienischen Beweisrechtshilfe

Die Frage der Verfassungsmäßigkeit des italienischen Rechtshilferechts hängt zum größten Teil davon ab, wie verfassungsrechtliche Prinzipien und Grundrechtsanforderungen interpretiert werden. Insbesondere das kontradiktorische Verfahren spielt sich im italienischen Verfassungsrecht in unterschiedlichen Formen ab. Das 1999 aufgebaute verfassungsrechtliche Fair-Trial-Modell<sup>20</sup> weist einen eher strukturalistischen Ansatz auf, in dem das kontradiktorische Verfahren in Bezug auf alle Verfahrensarten in erster Hinsicht als objektives Merkmal der fairen Ausübung der Judikatur,<sup>21</sup> sowie

unter spezifischer Bezugnahme auf den Strafprozess als Methode einer fairen Strafermittlung<sup>22</sup> erscheint.<sup>23</sup> Gleichzeitig wurden auch individuellrechtliche Ausprägungen des kontradiktorischen Verfahrens auf verfassungsrechtlicher Ebene verankert. In diesem Lichte hat die Verfassungsreform von 1999 einige der in Art. 6 Abs. 3 EMRK enthaltenen Garantien für den Beschuldigten in das innerstaatliche verfassungsrechtliche Modell vom fairen Strafprozess einbezogen.

In diesem Rahmen wurde das Recht auf rechtliches Gehör auf zweierlei Weisen gestaltet. Einerseits muss das Gesetz gewährleisten, dass „der einer strafbaren Handlung beschuldigten Person [...] die Möglichkeit geboten wird, jene Personen vor Gericht zu vernehmen oder vernehmen zu lassen, die für sie nachteilige Erklärungen abgeben“.<sup>24</sup> Andererseits muss sich der Strafrichter an die Beweiswürdigungsregel<sup>25</sup> halten, wonach die „Schuld des Angeklagten [...] nicht durch Erklärungen bewiesen werden [darf], die von jemandem abgegeben worden sind, der sich einer freien Entscheidung zufolge immer willentlich der Vernehmung durch den Angeklagten oder durch dessen Verteidiger entzogen hat“.<sup>26</sup> Der objektiven Ausgestaltung des Prinzips des kontradiktorischen Verfahrens kommt aber insgesamt nach herrschender Meinung eine überragende Bedeutung zu. Daraus folgt, dass die verfassungsrechtlichen Ausnahmen<sup>27</sup> nicht an das Recht auf rechtliches Gehör, sondern an den Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens gebunden werden.<sup>28</sup>

Vor diesem Hintergrund lassen sich im Hinblick auf durch internationale Rechtshilfeersuchen im Ausland erhobene Beweise unterschiedliche Schlussfolgerungen ziehen, je nachdem, wie verfassungsrechtliche Garantien ausgelegt werden. So kann z.B. der Umstand, dass wiederholbare Beweise verwertet werden können, obwohl nur der Verteidiger des Beschuldigten an der Beweisbeschaffung im Ausland beteiligt wurde (und auch wenn der Beschuldigte ausdrücklich beantragt hat, daran persönlich teilnehmen zu können) als verfassungsmäßig betrachtet werden, wenn man davon ausgeht, dass das unverletzliche Recht auf Verteidigung<sup>29</sup> durch den Beistand ausreichend geschützt wird. Umgekehrt kann dies auch als verfassungswidrig angesehen werden,

---

das rechtliche Gehör der Parteien gewahrt wird und diesen die gleiche Behandlung zuteil wird“.

<sup>22</sup> Art. 111 Abs. 4 S. 1 Verf.: „Für das Strafverfahren gilt hinsichtlich der Beweisbildung der Grundsatz der Gewährung des rechtlichen Gehörs“.

<sup>23</sup> Siehe *Conti*, *Digesto delle discipline penalistiche*, 7. Aufl. 2013, S. 103 ff.

<sup>24</sup> Art. 111 Abs. 3 Verf.

<sup>25</sup> *Ferrua*, in: *Ferrua/Mar zaduri/Spangher* (Hrsg.), *La prova penale*, 2013, S. 1 (42).

<sup>26</sup> Art. 111 Abs. 4 S. 2 Verf.

<sup>27</sup> Art. 111 Abs. 5 Verf.: „Das Gesetz regelt die Fälle, in denen die Beweisbildung wegen Zustimmung des Angeklagten oder wegen feststehender objektiver Unmöglichkeit oder infolge eines nachweislich rechtswidrigen Verhaltens auch ohne Wahrung des rechtlichen Gehörs erfolgen darf“.

<sup>28</sup> *Ferrua*, *Il 'giusto processo'*. 3. Aufl. 2012, S. 167 ff.

<sup>29</sup> Art. 24 Verf.

---

<sup>18</sup> Kassationsgericht, Urt. v. 22.1.2009 – (Pizzata) = CED Cass. Rv. 243796.

<sup>19</sup> Kassationsgericht, Urt. v. 28.4.2009 – (Russo) = CED Cass. Rv. 243938.

<sup>20</sup> Art. 111 wurde von dem Verfassungsreformgesetz 2/1999 abgeändert, das auf die Einführung der dem fair trial innewohnenden Prinzipien abzielte. Bemerkenswert ist jedoch, dass sowohl das in der Verfassung verankerte Konzept von „giusto processo“ als auch die in der Literatur als Alternative sehr häufig benutzte Notion von „processo equo“ nur in einem geringen Maße die Bedeutung des komplexen Konzepts von „fair trial“ begreifen. Siehe *Mar zaduri*, *La Legislazione penale*, 2000, S. 762 ff.

<sup>21</sup> Art. 111 Abs. 2 Verf.: „Jedes Verfahren ist vor einem unbefangenen und unparteiischen Richter so abzuwickeln, dass

wenn man aufgrund von Art. 111 Abs. 3 Verf. dem Beschuldigten das Recht, der Vernehmung von Belastungszeugen beizuwohnen, wenn schon nicht das Recht, für ihn nachteilige Zeugen selbst zu vernehmen, zuerkennt. Zu unterschiedlichen (oder sogar umgekehrten) Schlussfolgerungen kann auch die Analyse der Problematik unwiederholbarer Beweise führen. So kann die Tatsache, dass solche Beweismittel, wenn sie im Ausland erhoben wurden, in der Regel in die Gerichtsakten aufgenommen werden können,<sup>30</sup> als verfassungsmäßig angesehen werden, wenn man von einer grundrechtsneutralen Auslegung der Ausnahme der „feststehenden objektiven Unmöglichkeit“ des rechtlichen Gehörs ausgeht, oder umgekehrt als verfassungswidrig, wenn man aufgrund einer systematischen Auslegung von Art. 111 Verf. davon ausgeht, dass auch ausländische Behörden bei der Erhebung potentiell unwiederholbarer Beweise jedes Mal die innerstaatlichen Verteidigungsgarantien einhalten müssen, wenn es die Zeit erlaubt, ein kontradiktorisches Verfahren anzunehmen.

Verfassungswidrig scheint jedenfalls zu sein, a) dass die feststehende objektive Unmöglichkeit als allgemeine Ausnahme gelten kann, um verfassungsrechtliche Bestimmungen über Verteidigungsrechte zu umgehen, und b) dass man die Prüfung der Vereinbarkeit ausländischer Beweise mit den nationalen Grundprinzipien ausnutzen kann, um die normalen Schutzstandards zu senken und den Verzicht auf verfassungsrechtliche Grundgarantien (meist in Bezug auf das Recht auf rechtliches Gehör) zu legitimieren.<sup>31</sup>

## 2. Die Frage der Vereinbarkeit des italienischen Strafprozessrechts mit der EMRK

In den letzten Jahren hat die EMRK einen wachsenden Einfluss auf die italienische strafrechtliche Judikatur gezeigt. Unter den interessantesten Neuerungen ist insbesondere ein neuer Ansatz des Kassationsgerichts im Hinblick auf das Konfrontationsrecht zu erwähnen. Im Jahre 2010 haben die Vereinigten Kammern des Kassationsgerichts im Lichte der Verpflichtung zur EMRK-konformen Auslegung<sup>32</sup> eine neue Beweiswürdigungsregel eingeführt, die aus der sole and decisive evidence doctrine der EGMR-Judikatur<sup>33</sup> hergeleitet wurde. Demzufolge wurde Art. 526 Abs. 1-bis CPP, der die Formulierung des Art. 111 Abs. 4 Verf. wortgetreu wiedergibt, „nach ständiger und bindender Rechtsprechung des EGMR“ so interpretiert, dass die Schuld des Angeklagten nicht *ausschließlich bzw. überwiegend* durch Erklärungen bewiesen werden darf, die von jemandem abgegeben worden sind, der sich willentlich der Vernehmung durch den Angeklagten oder durch dessen Verteidiger entzogen hat, und das sogar, wenn die Aussagen schon in die Gerichtsakten aufge-

nommen wurden.<sup>34</sup> Auf diese Weise wurde das innerstaatliche Prozessrecht an die EMRK-Standards angepasst und die von einem Teil der Literatur befürchtete Verfassungswidrigkeitserklärung der strafprozessualen Regeln zur Zulassung von unwiederholbarem untested evidence vermieden.<sup>35</sup>

Trotz seiner Verdienste kann dieser Lösungsansatz aber sicherlich nicht als abschließend angesehen werden; vielmehr führt er zu weiteren Fragestellungen: Gilt eine solche Beweiswürdigungsregel auch für im Ausland erhobene Beweise? Und wenn ja, wer ist dafür verantwortlich, dem Beschuldigten eine passende Gelegenheit zur Ausübung seines Rechts auf rechtliches Gehör zu geben? Bereits im Fall X., Y. and Z. v. Austria aus dem Jahr 1973 hatte die vorherige europäische Kommission für Menschenrechte darauf hingewiesen, dass die kooperierenden Behörden „fully responsible for the form and conduct of this hearing on commission including the question of who should participate at the hearing“<sup>36</sup> sind. Aus dieser Schlussfolgerung kann allerdings nicht hergeleitet werden, dass die Strafverfolgungsbehörden im Verfahrensstaat keine Verantwortung dafür tragen müssen, dass dem Beschuldigten eine adäquate Gelegenheit zur Konfrontation mit seinem Ankläger gewährleistet wird. In diesem Lichte hat die italienische Rechtsprechung Art. 512-bis CPP streng interpretiert, mit der Folge, dass im Ausland erlangte Zeugenaussagen im Hauptverfahren verlesen werden können, wenn die Zeugenvernehmung absolut unmöglich ist – allerdings unter der Bedingung, dass die zuständige Behörde unter Teilnahme entweder des Beschuldigten oder seines Verteidigers um Rechtshilfe (rogatoria internazionale concelebrata) ersucht hat.<sup>37</sup>

Hingegen konnte man in den letzten Jahren eine bemerkenswerte Weiterentwicklung der EGMR-Judikatur beobachten. In dem Fall Al-Khawaja und Tahery v. Vereinigtes Königreich (sowie in weiteren nachfolgenden Fällen) wurde die sole and decisive evidence doctrine erheblich gemildert, wenn „sufficient counterbalancing factors“ vorliegen, die „a fair and proper assessment of the reliability of evidence“ erlauben. Dies führt zu der weiteren Frage, wie bzw. inwie-

<sup>30</sup> Art. 431 und 512-bis CPP.

<sup>31</sup> Ähnlich *Caprioli* (Fn. 3), S. 445.

<sup>32</sup> Siehe *Gaeta*, *Archivio penale* 2012, 1 (35 ff.).

<sup>33</sup> Siehe u.a. EGMR, Urt. v. 26.3.1996 – 20524/92 (*Doorson v. Niederlande*).

<sup>34</sup> Kassationsgericht (Vereinigte Kammern), Urt. v. 25.11.2010 – (D.F.) = CED Cass. Rv. 250197, *Hervorhebung* durch den Verf.

<sup>35</sup> Nach *Ubertis* sollten die innerstaatlichen Vorschriften zur Zulassung von im Vorverfahren im Rahmen anderer Verfahren und im Ausland erlangten Beweisinformationen, wenn die Beweiserhebung im Hauptverfahren unmöglich geworden ist, für verfassungswidrig erklärt werden, indem sie deren überwiegende Verwertung zu Zwecken der Urteilsfindung erlauben, obwohl der Beschuldigte keine Gelegenheit zur Ausübung seines Rechts auf rechtliches Gehör hatte. Siehe *Ubertis*, *Sistema di procedura penale*, Bd. 1 – Principi generali, 3. Aufl. 2013, S. 175. Für verfassungskonform hält jedoch *Ferrua* die innerstaatliche Regelung im Lichte einer EMRK-konformen Auslegung. Siehe *Ferrua* (Fn. 25), S. 42 ff.

<sup>36</sup> EGMR, Urt. v. 5.2.1973 – 5049/71 (X., Y. and Z. v. Österreich).

<sup>37</sup> Kassationsgericht, Urt. v. 23.4.2009 – (Remling) = CED Cass. Rv. 243956.

weit sich dieser neue Lösungsansatz auf die Verwertung transnationaler Beweise auswirken kann und wer für die Anwendung solcher „counterbalancing factors“ verantwortlich ist. Obwohl die Frage bisher unbeantwortet geblieben ist, ist jedenfalls zu erwarten, dass die Fortsetzung einer solchen Rechtsprechung durch den EGMR in Zukunft die Gründe für eine Verurteilung Italiens auch bei der Verwertung transnationaler Beweise reduzieren wird.<sup>38</sup> Zeitgleich sollte aber die Sorgfaltspflicht der kooperierenden Länder (in erster Hinsicht der Behörde des um Rechtshilfe ersuchten Landes) verstärkt werden, damit der Mangel an Konfrontation mit einer nachweisbaren Zuverlässigkeit des ausländischen Beweises ausgeglichen werden kann.

### III. Perspektiven auf EU-Ebene – Die neue europäische Ermittlungsanordnung und deren Einwirkung auf das italienische Strafprozessrecht

#### 1. Prämisse

Im April 2014, nach einem langen Gesetzgebungsverfahren,<sup>39</sup> hat der Rat die Richtlinie über die europäische Ermittlungsanordnung (EEA) erlassen.<sup>40</sup> Dadurch wurde in erster Hinsicht das von den EU-Institutionen angestrebte Ziel erreicht, die bestehenden Instrumente durch ein umfassendes Beweisbeschaffungsinstrument zu ersetzen.<sup>41</sup> Das neue Instrument

<sup>38</sup> Siehe auch *Zacchè*, Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti, 2012, im Internet unter: <http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/1166-rimodulazione-della-giurisprudenza-europea-sui-testimoni-assenti-working-paper/> (25.8.2015).

<sup>39</sup> Der von acht Mitgliedstaaten vorgelegte Legislativvorschlag geht auf das Jahr 2010 zurück; siehe Rat der Europäischen Union, Vorschlag v. 29.4.2010 – 2010/0817 (COD). Der ursprüngliche Vorschlag wurde bereits von einem großen Teil der Literatur unterschiedlicher Länder stark kritisiert. Siehe *Bachmaier Winter*, ZIS (2010), 580; *Peers*, The proposed European Investigation Order. Assault on human rights and national sovereignty, 2010. Im Internet abrufbar unter: <http://www.statewatch.org/analyses/no-96-european-investigation-order.pdf> (5.5.2010); *Ruggeri*, in: *Ruggeri* (Fn. 3), S. 279.

<sup>40</sup> Richtlinie 2014/41/EU v. 1.5.2014 = Abl. EU 2014 Nr. L 130, S. 1-36. Für eine vertiefte Analyse des neuen Rechtsinstruments siehe *Böse*, ZIS 2014, 152.

<sup>41</sup> Am 11.12.2009 kündigte das Stockholmer Programm die Notwendigkeit an, das damalige fragmentarische Rechtsinstrumentarium durch einen neuen Ansatz zu ersetzen. Siehe Europäischer Rat, Das Stockholmer Programm – Ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger = Abl. EU 2010 Nr. C 115, S. 12 (Punkt 3.1.1.). In ihrem Aktionsplan zum Stockholmer Programm bestätigte die Kommission die in ihrem Grünbuch von 2009 dargelegten Vorschläge und kündigte eine zweistufige Intervention an, die zur Einführung eines umfassenden neuen Rechtsinstruments zur Erlangung jeglichen Beweismittels aufgrund der gegenseitigen Anerkennung sowie gemeinsamer Beweissammelungsstandards zur Sicherstellung der Zulässigkeit transnationaler

verfolgt allerdings ein noch anspruchsvolleres Ziel, nämlich, die Durchführung von fast jeder Ermittlungshandlung in einem anderen Mitgliedstaat zu Beweis Zwecken auf der Grundlage einer neuen Auffassung vom Prinzip der gegenseitigen Anerkennung zu ermöglichen, um dessen Vorteile mit der Flexibilität der klassischen Rechtshilfe zu kombinieren. In Anbetracht ihrer Zielsetzung weist also diese Richtlinie ein breiteres Anwendungsgebiet auf als das aller anderen bis dahin vorgelegten Vorschläge. Obwohl die neue Ermittlungsanordnung auch den Anwendungsbereich des Rahmenbeschlusses über die europäische Beweisordnung (EBA) abdeckt, stellt sie in erster Linie ein nicht auf den Beweisverkehr, sondern ein auf die Beweisgewinnung gerichtetes Instrument dar.

Aus der Perspektive des vorliegenden Beitrags gilt es festzustellen, ob bzw. inwiefern sich das neue Rechtsinstrument auf die Verwertung in anderen EU-Ländern erlangter Beweise auswirken kann und inwieweit im gemeinsamen EU-Rechtsraum noch von Auslandsbeweisen gesprochen werden kann. Besondere Aufmerksamkeit ist hierbei auf die Auswirkungen der neuen EU-Regelung auf die Verwertung ausländischer Beweise im italienischen Strafverfahren zu richten.

#### 2. Die Verwertung ausländischer Beweise im Rahmen der EEA – Grundrechtliche Probleme

Die EEA zielt auf die Erhebung von Auslandsbeweisen sowie ihren Transfer zwischen Mitgliedstaaten ab. Dies bedeutet aber nicht, dass mit dem neuen Rechtsinstrument das Problem der Verwertung ausländischer Beweise ausschließlich dem nationalen Recht überlassen wird.<sup>42</sup> Es ist bemerkenswert, dass das neue Rechtsinstrument beiden kooperierenden Behörden die Durchführung einiger Beweiszulassungsprüfungen aufträgt, die u.a. darauf abzielen, die Verwertung der erlangten Beweise im Verfolgerstaat zu erleichtern.

##### a) Präventive Beweiszulassungstests im Anordnungsstaat

Einen präventiven Beweiszulassungstest im Anordnungsstaat verlangt die Richtlinie zuerst von der Anordnungsbehörde. Diese soll vor dem Erlass der EEA einen Notwendigkeits-, Proportionalitäts- und Verfügbarkeitstest durchführen.<sup>43</sup> Diese aus dem EBA-Rahmenbeschluss hergeleitete Lösung<sup>44</sup> zielt meist darauf ab, unnötige Grundrechtsbeschränkungen zu vermeiden. Dadurch (insbesondere durch den Verfügbarkeitstest) wird darüber hinaus das Risiko gemildert, dass im Ausland Beweise erlangt werden, die im Inland nicht verwer-

Beweise hätte führen sollen, vgl. Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts für die Bürger Europas, Aktionsplan zur Umsetzung des Stockholmer Programms v. 20.4.2010 = KOM (2010) 171 endg.

<sup>42</sup> *Böse*, ZIS 2014, 152 (161).

<sup>43</sup> Art. 6 Abs. 1 EEA.

<sup>44</sup> Art. 7 EBA.

tet werden könnten. Anders als im EBA-Rahmenbeschluss haben solche Tests allerdings nicht das zu erlangende Beweisresultat, sondern die durchzuführende Maßnahme zum Gegenstand. Hierdurch wird das Ziel verfolgt, dass Ermittlungsmaßnahmen im Ausland nicht durchgeführt werden können, die entweder im Inland nicht erlaubt sind oder die innerstaatlichen Grenzen überschreiten.

Diese Regelung wirft viele menschenrechtliche Bedenken auf. Der Umstand, dass die Anordnungsbehörde solche Bedingungen in jedem Falle prüfen muss, bedeutet nicht, dass der Test nur aufgrund der *lex fori* und unter Berücksichtigung von deren Anforderungen durchgeführt werden soll. Dies ist sicherlich der Fall der Verfügbarkeitsprüfung, die darauf abzielt, dass die prozess- und verfassungsrechtlichen Beschränkungen der nationalen Beweisführung nicht umgangen werden. Jedoch müssen sowohl die Verhältnismäßigkeit als auch die Notwendigkeit der EEA unter „Berücksichtigung der Rechte der verdächtigen oder beschuldigten Person“ geprüft werden – eine Formel, die eine umfassende Abwägung der Gesamtauswirkungen der ersuchten Ermittlungsmaßnahme erfordert. Diese Aufgabe ist dadurch erschwert, dass keine einheitliche Auffassung der Proportionalität von Ermittlungsmaßnahmen im EU-Rechtsraum vorliegt,<sup>45</sup> was zu sehr unterschiedlichen Anwendungen führen kann.

Es sollte auch nicht übersehen werden, dass die Beweiserlangung auch im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen Verfahrens angeordnet werden kann, wenn es zur Initiierung eines Strafprozesses führen kann (z.B. im Rahmen von Ermittlungen wegen Unfällen im Seeverkehr oder Luftfahrzeugunfällen). In solchen Fällen sieht die Richtlinie zwar ein Validierungsverfahren vor, in dem die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 EEA vor der Übermittlung der Anordnung an die Vollstreckungsbehörde von einem Richter, einem Gericht, einem Ermittlungsrichter oder einem Staatsanwalt im Anordnungsstaat validiert werden müssen.<sup>46</sup> Die Gleichstellung solcher Behörden kann sich allerdings nachteilig für die verdächtige oder beschuldigte Person auswirken (insbesondere der Staatsanwalt könnte je nach seiner institutionellen Position die Notwendigkeit der Ermittlungsmaßnahme im konkreten Falle überschätzen). Darüber hinaus ist die Effektivität eines solchen Mechanismus meist davon abhängig, ob bzw. inwieweit die Validierungsbehörde im Anordnungsland von der für die betroffene Ermittlung zuständigen Behörde unabhängig ist, bzw. welche Informationen ihr Letztere zur Verfügung stellt.

#### *b) Beweiszulassungsprüfungen im Vollstreckungsstaat*

Beweiszulassungsprüfungen sind auch im Vollstreckungsstaat erforderlich. Hervorzuheben ist, dass die Vollstreckungsbehörde – ähnlich wie im EBA-Rahmenbeschluss<sup>47</sup> – dem Ersuchen der Anordnungshörde nachkommen soll, spezifische Verfahrensformen der *lex fori* anzuwenden und mit der *lex loci* zu kombinieren, wenn dadurch die „wesentlichen Rechtsgrundsätze des Vollstreckungsstaats“ nicht verletzt

werden.<sup>48</sup> Hierbei übernimmt die EEA-Richtlinie den Ansatz zahlreicher internationaler Rechtshilfeinstrumente und insbesondere des EU-RhÜbks. Einem solchen Ansatz kommt allerdings in einem auf dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung beruhenden Rechtskontext, in dem die Rechtshilfe gemäß dem sog. „order model“ in der Regel geleistet werden muss, eine ganz andere Bedeutung zu.

Es ist allerdings zu bezweifeln, dass die Einbeziehung eines solchen Mechanismus in ein nach dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung orientiertes Rechtsinstrument eine passende Lösung ist. Fraglich ist insbesondere, ob die EEA das staatsbezogene Interesse an der Sicherstellung der Verwertbarkeit ausländischer Beweise und den Bedarf nach einem hohen Grundrechtsschutz der in eine transnationale Strafermittlung involvierten Personen adäquat ausbalancieren kann, wie es im Begleitdokument zum Vorschlag der EEA-Richtlinie erschien.<sup>49</sup> Es soll berücksichtigt werden, dass die Erweiterung des Anwendungsbereichs des neuen Rechtsinstruments die Arten nicht nur der zu erhebenden Beweise, sondern auch der Ermittlungshandlungen betrifft. Anders als im EBA-Rahmenbeschluss, der Zwangsmaßnahmen bzw. Zwangsmethoden in der Regel ausdrücklich ausgeschlossen hatte,<sup>50</sup> nehmen aber grundrechtsrelevante Ermittlungshandlungen eine wichtige Rolle in der neuen EEA-Richtlinie ein.<sup>51</sup> Daraus folgt vor allem, dass die Vollstreckungsbehörde im Prinzip dazu verpflichtet ist, ausländische Verfahrensformen anzuwenden, sogar wenn in die Individualsphäre einzugreifen ist, es sei denn, dass sie gegen (nur) die Grundprinzipien ihres Rechts verstoßen.

Andererseits ist die erfolgreiche Vereinfachung der Beweisverwertungsprobleme im Verfolgerstaat vom ordnungsgemäßen Funktionieren des gesamten Mechanismus abhängig. Dies setzt insbesondere voraus, dass die Vollstreckungsbehörde die geforderten Verfahrensformen des ausländischen Rechts kennt und korrekt anwenden kann. Es ist allerdings zu bezweifeln, dass die gegenwärtigen EU-Rechtsinstrumente den mitgliedstaatlichen Behörden eine adäquate Kenntnis des ausländischen Rechts verschaffen können. Dies deutet auf einen weiteren Mangel der EEA-Richtlinie hin, die den Beitrag privater Parteien offensichtlich unterschätzt. Zwar erlaubt das neue Rechtsinstrument die Beteiligung von (eher undefinierten) „Behörden“ des Ausstellungsstaats an der Ermittlung. Weder dem Beschuldigten noch seinem Verteidiger kommt allerdings ein Partizipationsrecht im neuen europäischen transnationalen Ermittlungsverfahren zu, es sei denn, dass die Anordnungsbehörde dies ausdrücklich beantragt. Dieser Ansatz kann nicht nur die effektive Ausübung der Verteidigungsrechte erheblich beeinträchtigen, sondern er zeigt auch eine klare Unterschätzung der Bedeutung des Bei-

<sup>48</sup> Art. 9 Abs. 2 EEA.

<sup>49</sup> Rat der Europäischen Union, Begleitdokument zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, Vermerk mit detaillierten Angaben v. 3.6.2010 – 9288/10 ADD 2, Punkt 1.

<sup>50</sup> Siehe jeweils Art. 11 Abs. 2 und 12 EBA.

<sup>51</sup> Siehe Art. 10 und 11 EEA.

<sup>45</sup> Bachmaier Winter, in: Ruggeri (Fn. 3), S. 88.

<sup>46</sup> Art. 2 lit. c (ii) EEA.

<sup>47</sup> Art. 12 EBA.

trags der Verteidigung zur korrekten Anwendung von Verfahrensformen ihres eigenen Rechts.<sup>52</sup>

### *c) Die negativen Auswirkungen einer strikten Arbeitsteilung auf den Grundrechtsschutz*

Die EEA-Richtlinie weist im größten Maße einen allgemeinen Lösungsansatz auf, der komplexe Prüfungen zwischen den zwei kooperierenden Behörden aufteilt. Aufgrund dieser strikten Arbeitsteilung können allerdings erhebliche Schutzlücken entstehen. Es bleibt insbesondere unklar, ob die erforderlichen Tests gemäß Art. 6 EEA wirklich „in jedem einzelnen Fall“ durchzuführen sind, bzw. was unter diesem Ausdruck zu verstehen ist. Offenbar verweisen diese Prüfungen auf die von der Anordnungsbehörde ersuchte Ermittlungsmaßnahme. Was passiert aber, wenn die Vollstreckungsbehörde gemäß Art. 10 EEA auf eine andere Maßnahme zurückgreift? Ist auch die Proportionalität, Notwendigkeit und Verfügbarkeit dieser anderen Maßnahme zu überprüfen? Und welche Behörde ist dafür zuständig?

In der EEA-Richtlinie wird nichts diesbezüglich vorgesehen, aber es ist klar, dass sich die Verneinung der Notwendigkeit solcher Prüfungen unmittelbar auf den Grundrechtsschutz sowohl des Adressaten der neuen Ermittlungshandlung als auch der beschuldigten Person im Verfolgerstaat negativ auswirken würde. Hinsichtlich der zweiten Frage sollte die Anordnungsbehörde auch hier die Notwendigkeit und rechtliche Verfügbarkeit der anderen Ermittlungshandlung am Maßstab ihres eigenen Rechts überprüfen. Ansonsten könnten Diskriminierungen entstehen und es könnte die Gefahr bestehen, Auslandsbeweise zum Nachteil des Beschuldigten zu verwerten, die durch in einem rein innerstaatlichem Falle nicht erlaubte Ermittlungsmaßnahmen erhoben wurden. Jedoch bringt die Verhältnismäßigkeit der neuen Ermittlungshandlung Prüfungen mit sich, die nicht adäquat durchgeführt werden können.

Dies bestätigt, dass es methodologisch unangemessen ist, einzelnen nationalen Behörden die Verantwortung für grundrechtsrelevante Prüfungen aufzubürden, die nur durch eine gemeinsame Aktion zu befriedigenden Resultaten führen können. Aus der Perspektive der Beweisverwertung wurden zwar gewisse Fortschritte erzielt. Es ist insbesondere vorgesehen, dass der Anordnungsstaat „eine erfolgreiche Anfechtung der Anerkennung oder Vollstreckung einer EEA im Einklang mit seinem nationalen Recht“ berücksichtigt.<sup>53</sup> Aus dieser eher vagen Formulierung kann ein aus einem Verstoß gegen die EEA resultierendes Verwertungsverbot im Anordnungsstaat allerdings nicht mit Sicherheit hergeleitet werden.<sup>54</sup> Heikle Probleme betreffen darüber hinaus die Rechtmäßigkeitsbedingungen für die Beweiserlangung, da ein aus zwei separaten Perspektiven durchgeführter Lawfulness-Test zu besorgniserregenden Ergebnissen führen kann. Die Vollstreckungsbehörde kann zwar auf eine andere Ermittlungsmaßnahme zurückgreifen, wenn die ersuchte Ermittlungs-

handlung nach ihrem eigenen Recht nicht vorliegt, und die ersuchte Rechtshilfe sogar ablehnen, wenn die *lex loci* den Einsatz der angeordneten Maßnahme auf Katalogtaten sowie gewisse Straftaten beschränkt, die mit einem bestimmten Mindeststrafmaß bedroht sind. Aus der EEA-Regelung folgt allerdings, dass sich die Vollstreckungsbehörde gezwungen sehen kann, einer Ermittlungsanordnung nachzukommen, die Individualrechte erheblich einschränken kann, wenn sie zwar in ihrem Recht erlaubt, von der *lex fori* aber verboten ist oder gewissen, im konkreten Falle nicht bestehenden Bedingungen unterliegt.

### *3. Drei Auswirkungen der EEA-Richtlinie auf die italienische internationale Beweisrechtshilfe*

Das neue Rechtsinstrument wird voraussichtlich vielfältige Auswirkungen auf das italienische Verfahrensrecht haben.<sup>55</sup> Obwohl die EU-Länder die erforderlichen Umsetzungsmaßnahmen erst vor dem 22.5.2017 anwenden müssen, verpflichtet die EEA-Richtlinie seit deren Inkrafttreten – mangels einer entsprechenden Intervention des Gesetzgebers – die italienische Rechtsprechung zur unionskonformen Auslegung der innerstaatlichen Regelung zur Beweisrechtshilfe im Rechtsverkehr mit anderen EU-Mitgliedstaaten. Aus der Perspektive der Verwertung von Auslandsbeweisen sind insbesondere drei Auswirkungen des neuen Rechtsinstruments auf die italienische Beweisrechtshilfe hervorzuheben.

#### *a) Die Anforderung an präventive Prüfungen vor dem Ersuchen internationaler Beweisrechtshilfe*

Die erste Auswirkung der EEA-Regelung auf das italienische Recht betrifft die präventiven Prüfungen, die den nationalen Behörden beim Ersuchen der Beweiserhebung in einem anderen EU-Mitgliedstaat obliegen. Gemäß der Richtlinie müssen schon im Voraus die Proportionalität, Notwendigkeit und Verfügbarkeit der anzuwendenden Ermittlungsmaßnahme am Maßstab des italienischen Rechts geprüft werden, was beim traditionellen internationalen Rechtshilfeverfahren nicht gefordert wird. Insbesondere dem Verfügbarkeitstest kommt eine erhebliche Bedeutung zu, wenn man den breiten Anwendungsbereich der EEA-Richtlinie berücksichtigt, die auch die Erlangung dynamischer Beweismittel und sensibler Daten abdeckt. Beispielweise legt das Gesetz 85/2009, wodurch Italien den Prümer Vertrag ratifiziert hat, die objektiven und subjektiven Bedingungen zur Entnahme von DNA-Proben und ihrer Eintragung in die neue nationale DNA-Datenbank fest.<sup>56</sup> Trotz ihres allzu breiten Anwendungsbereichs<sup>57</sup>

<sup>55</sup> Siehe in jüngster Zeit *Daniele*, *La metamorfosi del diritto delle prove nella Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, 2014, im Internet abrufbar unter:

[http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/3433-la\\_fo nt\\_color\\_red\\_metamorfosi\\_font\\_del\\_diritto\\_delle\\_prove\\_nella\\_direttiva\\_sull\\_ordine\\_europeo\\_di\\_indagine\\_penale/](http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/3433-la_fo nt_color_red_metamorfosi_font_del_diritto_delle_prove_nella_direttiva_sull_ordine_europeo_di_indagine_penale/) (25.8.2015).

<sup>56</sup> Art. 9 Gesetz 85/2009.

<sup>57</sup> *Oliveri*, in: *Scarcella* (Hrsg.), *Prelievo del DNA e Banca dati nazionale*, 2009, S. 241.

<sup>52</sup> *Ruggeri*, *ZStW* 125 (2013), 407 (425 f.).

<sup>53</sup> Art. 14 Abs. 7 EEA.

<sup>54</sup> Diese interessante Frage stellt *Böse*, *ZIS* 2014, 152 (161 f.).

schränkt diese gesetzliche Regelung – anders als bei anderen personenbezogenen Daten<sup>58</sup> – die Möglichkeit rechtmäßiger Abnahme von biologischen Proben ein. Dies wirkt sich auch auf die Verfügbarkeit solcher Ermittlungsmaßnahmen im Ausland aus, ungeachtet dessen, ob dieselben im italienischen Recht vorgesehenen Beschränkungen im Recht anderer EU-Mitgliedstaaten vorliegen. Im Allgemeinen werden die erwähnten Tests das Risiko erheblich reduzieren, dass das ersuchte Beweismittel durch eine Maßnahme gewonnen wird, die entweder von sich aus oder wegen des anzuwendenden Verfahrens in Italien nicht angeordnet werden dürfte.

Darüber hinaus dürfen die italienischen Behörden im EU-Rechtsraum die Besonderheiten ausländischen Rechts nicht mehr unbeachtet lassen. Vielmehr soll die Verfügbarkeit der ersuchten Ermittlungshandlung auch am Maßstab eventueller im Recht des Vollstreckungslandes vorhandener Begrenzungen im Voraus getestet werden – eine äußerst wichtige Prüfung insbesondere im Falle von Zwangsmaßnahmen, die gesetzlichen Einschränkungen unterliegen (mögen), da diese zum Rückgriff auf eine andere Ermittlungsmaßnahme im Ausland führen können.

#### *b) Die Methoden der Beweiserlangung*

Eine zweite Auswirkung des neuen Rechtsinstruments kann man im Gebiet der Methoden der Beweiserlangung beobachten. Im CPP ist zwar die Möglichkeit vorgesehen, ausländische Behörden um die Einhaltung der für die Verwertbarkeit von Auslandsbeweisen im italienischen Strafprozess erforderlichen Verfahrensnormen zu ersuchen, sie ist aber vom Vorhandensein eines in Italien in Kraft getretenen, internationalen Rechtsinstruments abhängig.<sup>59</sup>

Dieser Lösungsansatz kann im EU-Rechtsraum sicherlich nicht mehr beibehalten werden. Folglich ist zu prüfen, ob bzw. inwieweit die mit Artikel 727 Abs. 5-bis CPP verbundene Regelung weiterhin angewendet werden kann, die aus dem Verstoß gegen die von der italienischen Behörde erforderten Verfahrensformen in der Durchführung der ersuchten Ermittlungshandlung die radikale Unverwertbarkeit (*inutilizzabilità*) der erlangten Beweise herleitet.<sup>60</sup> Es ist bemerkenswert, dass die strafrechtliche Literatur dieses Resultat jedenfalls bereits gemildert und auf diejenigen Fälle beschränkt hat, in denen die ersuchten Verfahrensformen unabdingbare Voraussetzungen für die Verwertbarkeit der erlangten Beweise im innerstaatlichen Recht darstellen.<sup>61</sup>

#### *c) Die Erlangung bereits erhobener Auslandsbeweise*

Ein dritter, aber nicht weniger heikler Bereich, in dem sich die EEA-Richtlinie auf das italienische Recht voraussichtlich auswirken wird, betrifft den Beweistransfer im engeren Sinne, d.h. den Verkehr von im Ausland bereits erlangten Be-

weisen. Das Thema ist in Italien hochrelevant, da man in den letzten Jahren den steigenden Rückgriff auf informelle Formen des Beweisaustauschs mit ausländischen Strafverfolgungsbehörden beobachten konnte. Leider zielt eine solche Praxis oft nicht bloß auf die Erlangung bereits erhobener Beweise ab, sondern auch auf eine informelle Beweisaufnahme im Ausland. Obwohl der Informationsaustausch oftmals auf dem im europäischen Rechtsraum etablierten Verfügbarkeitsprinzip beruht, wirft diese Praxis viele menschenrechtliche Bedenken auf. Insbesondere wenn die Vereinbarung mit einer ausländischen Behörde tatsächlich nicht einen Beweistransfer, sondern eine informelle Beweisaufnahme bezweckt, kann man das Risiko nicht unterschätzen, dass dadurch einerseits die mit dem förmlichen Rechtshilfeverfahren verbundenen Unverwertbarkeitsformen umgangen werden und andererseits dem Beschuldigten die Durchführung der ersuchten Ermittlung im Ausland verborgen bleibt.<sup>62</sup>

Im Lichte des neuen Rechtsinstruments kann nicht bezweifelt werden, dass im Ausland bereits verfügbare Beweise nicht mehr durch einen rein informellen Beweisaustausch erlangt werden können. Die Erlangung auch solcher Beweise soll die in der EEA-Richtlinie festgelegten Bedingungen erfüllen, d.h. einem präventiven Verhältnismäßigkeits- und Verfügbarkeitsstest unterliegen. Letzterer sollte das Risiko reduzieren, dass in anderen Mitgliedstaaten Ermittlungshandlungen außerhalb der gesetzlich festgelegten Beschränkungen durchgeführt werden, was oft zur Unverwertbarkeit der erlangten Beweise führt.

#### **IV. Die Erlangung von Auslandsbeweisen als rein verfahrensrechtliche Frage – Alternativen auf europäischer Ebene**

Die bereits durchgeführte Analyse wirft weitere Fragestellungen auf, die die Angemessenheit des allgemeinen Lösungsansatzes der jüngsten EU-Rechtsinstrumente aus innerstaatlicher Sicht zu überprüfen erlauben. Kann die Verwertung ausländischer Beweise weiterhin als eine rein innerstaatliche Frage betrachtet werden? Kann die Erhebung von Auslandsbeweisen als eine rein verfahrensrechtliche Frage angesehen werden? Kann insbesondere eine adäquate Beweisbeschaffung in einem gemeinsamen Rechtsraum wie dem stark am Grundrechtsschutz orientierten EU-Rechtsraum erfolgen, ohne dass klare Kriterien die Zuständigkeit zur Strafverfolgung und Strafermittlung transnationaler Fälle festlegen können und daher die grundrechtsrelevante Anforderung an die gesamte Gesetzmäßigkeit der zu ersuchenden Ermittlungshandlung erfüllt wird?

Die EEA-Richtlinie zeigt auch diesbezüglich einen eher veralteten Ansatz, der die Fragen der Beweiserhebung im Ausland auf eine einheitliche und undifferenzierte Weise behandelt, ohne die diesbezüglichen Interessen der kooperierenden Staaten an der Verfolgung der Tat und die besonderen grundrechtlichen Herausforderungen zu berücksichtigen. So wirkt sich z.B. der Umstand, dass die Tat nicht im Anordnungsstaat, sondern vollständig oder teilweise im Vollstreckungsstaat begangen wurde, in diesem aber keine Straftat

<sup>58</sup> In Italien liegt z.B. keine gesetzliche Begrenzung der Abnahme von Fingerabdrücken vor.

<sup>59</sup> Art. 727 Abs. 5-bis CPP. Siehe *Caprioli* (Fn. 3), S. 449 f.

<sup>60</sup> Art. 729 Abs. 1-bis CPP.

<sup>61</sup> *Ferrua*, Documenti giustizia 2001, 36 ff. (36); *Caprioli* (Fn. 3), S. 550.

<sup>62</sup> Ähnlich siehe *Caprioli* (Fn. 3), S. 451 ff.

darstellt, nur in einer eher negativen Weise auf die transnationale Beweiserhebung aus. Es ist nur vorgesehen, dass dann die Ermittlungsanordnung abgelehnt werden kann.<sup>63</sup> Offensichtlich hat die EEA-Richtlinie diesen Ansatz vom EBA-Rahmenbeschluss übernommen, der die Versagung der ersuchten Rechtshilfe erlaubt, wenn die verfolgte Tat entweder nach dem Recht des Vollstreckungsstaats ganz oder zum großen oder zu einem wesentlichen Teil in dessen Hoheitsgebiet oder an einem diesem gleichgestellten Ort begangen wurde oder außerhalb des Hoheitsgebiets des Anordnungsstaats begangen wurde, und das Recht des Vollstreckungsstaats die Ausübung der Strafgewalt für außerhalb seines Hoheitsgebiets begangene Straftaten gleicher Art nicht zulässt.<sup>64</sup>

In beiden Rechtsinstrumenten wurden für solche Fälle fakultative Versagungsgründe vorgesehen, wobei keine positiven Anforderungen an die Gesetzmäßigkeit der Beweisbeschaffung festgelegt wurden. Nichts wird vor allem dazu gesagt, ob Besonderheiten in der Beweiserhebung vorliegen bzw. wie die Ermittlungen in solchen Fällen durchgeführt werden sollen, in denen die Vollstreckungsbehörde das ausländische Ersuchen nicht ausschlägt. Für die Beweiserlangung wird also kaum danach differenziert, ob auch der Vollstreckungsstaat einen „genuine link“ mit der verfolgten Tat aufweisen kann, der die Ausübung seiner eigenen Strafgewalt im konkreten Falle legitimiert, oder nur als Beweisbeschaffungsstaat gilt. Ebenso wenig stellt die EU-Gesetzgebung ein klares Kriterium zur Verfügung, das den Rückgriff auf die EEA vom Einsatz gemeinsamer Ermittlungsgruppen in Fällen, die beide Ermittlungswege legitimieren, zu unterscheiden vermag. Doch erfolgt die Beweiserlangung nach sehr unterschiedlichen Formen in den zwei Ermittlungsmodellen. In der EEA-Richtlinie stellt – wie erwähnt – die Kombination der *lex loci* mit spezifischen Verfahrensformen der *lex fori* die ordentliche Beweisbeschaffungsmethode dar, und die Vollstreckungsbehörde ist deshalb zur Annahme der ersuchten ausländischen Verfahrensformen verpflichtet, wenn sie nicht gegen die wesentlichen Rechtsgrundsätze der *lex loci* verstoßen will. Dagegen führt die gemeinsame Ermittlungsgruppe ihre Ermittlungen gemäß dem Recht des Mitgliedstaats durch, in dem ihr Einsatz erfolgt.<sup>65</sup>

Am problematischsten stellt sich darüber hinaus die Frage der anzuwendenden Methode der Beweiserhebung durch die von der EEA-Richtlinie vorgesehenen Ermittlungshandlungen. Auch diesbezüglich weist die supranationale Lösung, die die kombinierte Methode undifferenziert für alle Fälle von Auslandsermittlungen vorsieht, einen aus menschenrechtlicher Perspektive unbefriedigenden Ansatz auf. Im Jahre 2011 haben *Martin Böse* und *Frank Meyer* in Frage gestellt, ob die Prinzipien des Strafanwendungsrechts mit verfassungsrechtlichen Grundprinzipien, insbesondere mit dem Grundsatz „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“, vereinbar sind.<sup>66</sup>

Dieselbe Frage könnte sich (bestimmt) auch im italienischen Verfassungsrecht stellen,<sup>67</sup> allerdings hat die in Italien übliche Einstufung der Art. 7 ff. StGB als Prinzipien, die ausschließlich die räumliche Wirkung (*efficacia*)<sup>68</sup> bzw. die bloße Anwendbarkeit (*applicazione*)<sup>69</sup> des Strafrechts betreffen, das problematische Verhältnis zum Grundsatz „*nullum crimen sine lege*“ meist verdeckt.

Darüber hinaus könnte man sich fragen, ob das Gesetzlichkeitsgebot in transnationalen Fällen nur zu materiellrechtlichen Zwecken bzw. zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung (und Einschränkung) der extraterritorialen Strafgewalt dient. Wie bzw. unter welchen Voraussetzungen kann es auf die Durchführung von Strafermittlungen und die Beweiserlangung in Fällen mit transnationalen Anknüpfungspunkten übertragen werden?

Bekanntlich weist das Gesetzlichkeitsprinzip auf dem Gebiet des Strafverfahrensrechts andere Ausprägungen als im materiellen Strafrecht auf. Dies bedeutet allerdings nicht, dass die Beweisbeschaffung den menschenrechtlichen Gedanken, die dem Grundsatz „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“ innewohnen, nicht zugänglich ist. Bereits Anfang der 1980er Jahre hatte in Italien *Massimo Nobile* bezweifelt, dass aus verfassungsrechtlicher Sicht unterschiedliche Prinzipien die zeitliche Strafrechtsanwendung nur aufgrund der prozessualen bzw. materiellrechtlichen Einstufung der Strafnorm regeln können und dass demzufolge das Rückwirkungsverbot auf verfahrensrechtlichem Gebiet nicht anzuwenden ist – und zwar insbesondere, wenn dasselbe Individualrecht auf dem Spiel steht.<sup>70</sup> Dreißig Jahre später, ausgehend von dem in der deutschen Literatur erarbeiteten Rechtskonzept der „Sachgestaltungsvoraussetzungen“, <sup>71</sup> ging das italienische Strafrechtsschrifttum auf die besondere Natur derjenigen Normen ein, die die strafprozessuale Widerspiegelung materiellrechtlicher Anforderungen zu Strafverfolgungs- und Ermittlungszwecken darstellen.<sup>72</sup> Dieses Phänomen tritt besonders deutlich zu Tage, wenn Grundrechtseingriffe anzuwenden sind, die – unabhängig davon, ob durch oder ohne Zwang – ein, wenn auch unterschiedlich ausgeprägtes, Tatverdachtsurteil voraussetzen. Insbesondere weisen das Untersuchungsverfahren sowie sonstige Freiheitsentziehungsverfahren komplexe tatbezogene Prüfungen auf, für die die Methode des Freibeweises nicht geeignet erscheint.<sup>73</sup> Manchmal hängen rein prozessrelevante Themen mit dem Tatver-

<sup>67</sup> Art. 25 Abs. 2 Verf.

<sup>68</sup> *Padovani*, *Diritto penale*, 9. Aufl. 2008, S. 51 ff.

<sup>69</sup> *De Vero*, *Corso di diritto penale*, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, S. 294 f.

<sup>70</sup> *Nobile*, *Foro it.* 1982, 2138.

<sup>71</sup> Vgl. u.a. *Volk*, *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht*, Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht, 1978, S. 147 f.

<sup>72</sup> *Negri*, *Fumus commissi delicti*, *La prova per le fattispecie cautelari*, 2004, S. 38 ff., 51 ff.

<sup>73</sup> *Negri* (Fn. 71), S. 133 ff.

<sup>63</sup> Art. 11 Abs. 1 lit. e EEA.

<sup>64</sup> Art. 13 Abs. 1 lit. f (i-ii) EBA.

<sup>65</sup> Art. 1 Abs. 3 lit. b Rahmenbeschluss 2002/465/JI v. 13.6.2002 = *Abl. EG* 2002 Nr. L 162, S. 1-3.

<sup>66</sup> *Böse/Meyer*, *ZIS* 2011, 336 (338 ff.).

dacht so eng zusammen,<sup>74</sup> dass die Methode des Strengbeweises teilweise anzuwenden ist.

Freilich könnte man argumentieren, dass besondere Garantien nur materiellrechtliche Vorschriften ausprägen, auch wenn sie formell in strafprozessualen Regelungen enthalten sind. So hat die Große Kammer des EGMR im bekannten Scoppola (No. 2)-Fall darauf hingewiesen, dass „the rules on retrospectiveness set out in Article 7 of the Convention apply only to provisions defining offences and the penalties for them; on the other hand, in other cases, the Court has held that it is reasonable for domestic courts to apply the *tempus regit actum* principle with regard to procedural laws“.<sup>75</sup> Aus einer ähnlichen Perspektive haben in jüngster Zeit die Vereinigten Kammern des italienischen Kassationsgerichts den Anwendungsbereich des strafrechtlichen Gesetzlichkeitsgebots auf die Vollstreckungsphase ausgedehnt und die Änderung des Strafmaßes erlaubt als Folge eines verfassungsgerichtlichen Urteils, das, wenn nicht direkt die Strafbestimmung, jedenfalls aber eine materiellrechtliche Vorschrift als verfassungswidrig erklärt.<sup>76</sup>

Aus diesen Ansätzen kann allerdings nicht hergeleitet werden, dass jegliche verfahrensrechtliche Regelung dem Prinzip *tempus regit actum* unterliegt.<sup>77</sup> Bei genauer Betrachtung sollte die Garantie des Art. 7 EKMR nach demselben Scoppola-Urteil „be construed and applied, as follows from its object and purpose, in such a way as to provide effective safeguards against arbitrary prosecution, conviction and punishment“. Darüber hinaus betrafen die vom europäischen Gerichtshof auf das Prinzip *tempus regit actum* zurückgeführten Fälle keine grundrechtsrelevanten Ermittlungshandlungen. Es ist bemerkenswert, dass die Straßburger Rechtsprechung aufgrund der Besonderheiten der Common-Law-Länder einige dem Gesetzlichkeitsprinzip innewohnende materiellrechtliche Anforderungen – nämlich die Zugänglichkeit, Genauigkeit und Vorsehbarkeit des law – auf das prozessrechtliche Gebiet freiheitsentziehender Maßnahmen

ausgedehnt<sup>78</sup> und in jüngerer Zeit auch im Hinblick auf kontinentale Rechtsordnungen anerkannt hat.<sup>79</sup>

Der Bedarf nach einem solchen Ansatz erhöht sich, wenn im Rahmen internationaler Zusammenarbeit grundrechtsrelevante Strafermittlungen gegen die beschuldigte Person und insbesondere gegen unverdächtige Dritte vorzunehmen sind. Insbesondere stellt sich die Frage, ob das für die Durchführung der ersuchten Zwangshandlung anzuwendende Recht für deren Adressaten realistisch zugänglich ist. In dieser Hinsicht stellt also die in der EEA-Richtlinie vorgesehene Kombination von Verfahrensformen eine unbefriedigende Lösung dar, da damit kaum berücksichtigt wird, ob die beschuldigte Person mit dem Recht des Vollstreckungsstaates und vor allem der Adressat der Ermittlungsmaßnahme mit dem Recht des Anordnungsstaates vertraut ist.

Ein menschenrechtsorientiertes transnationales Recht, das auf eine faire Beweiserlangung abzielt, sollte vielmehr sicherstellen, dass die in die Grundrechtssphäre eingreifende Beweiserlangung auf der gesetzlichen Grundlage des Rechts des Staats stattfindet, dem der Adressat der Ermittlungshandlung angehört.<sup>80</sup> Weitere Verfahrensformen, die aus dem Recht des Vollstreckungsstaats oder des Anordnungsstaats stammen, könnten in Betracht kommen, vorausgesetzt allerdings, dass die Grundrechte des Adressaten der Ermittlungshandlung beachtet werden. Solche weiteren Verfahrensformen mögen entweder verfassungsrechtliche Schranken der *lex loci* oder staatsbezogene Strafverfolgungsinteressen des Verfahrensstaats widerspiegeln – es könnte sich aber auch um grundrechtliche Anforderungen anderer in die transnationale Strafermittlung involvierten Personen, vor allem des Beschuldigten, handeln. In dieser Hinsicht sollten insbesondere der im Verfolgerstaat beschuldigten Person alle Verteidigungsrechte bei der Beweiserlangung im Ausland zugebilligt werden, die das Verfahrensrecht des Verfolgerstaats für die einzusetzende Ermittlungshandlung vorsieht, solange sie gegen keine Grundprinzipien des Rechts des Adressaten der Ermittlungshandlung verstößt und keine *Ordre-Public*-Hindernisse gemäß des Rechts des ersuchten Staates entstehen. Die Möglichkeit einer effektiven Beteiligung an der ausländischen Beweiserhebung und die Überprüfung der korrekten Anwendung des eigenen Rechts sind – wie erwähnt – unabdingbare Bedingungen für die Verwertbarkeit der zu erhebenden Beweise.

<sup>74</sup> So bringt der Umstand, dass die Fluchtgefahr zum Freiheitsentzug nur dann führen kann, wenn aufgrund der bereits erlangten Beweisinformation zu ahnen ist, dass der beschuldigten Person eine Strafe von zumindest zwei Jahren droht (Art. 274 lit. b CPP), mit sich, dass im Vorverfahren nicht nur ein allgemeines Tatverdachtsurteil, sondern sogar eine äußerst schwierige Prognose der Strafzumessung stattfinden soll.

<sup>75</sup> EGMR, Urte. v. 17.9.2009 – 10249/03 (Scoppola v. Italien), Rn. 110.

<sup>76</sup> Kassationsgericht (Vereinigte Kammern), Urte. v. 14.10.2014 – 42858 (Ric. P.G. Napoli in proc. Gatto), in:

[www.penaleocontemporaneo.it](http://www.penaleocontemporaneo.it).

<sup>77</sup> Dieser Meinung scheint Böse zu sein, der darüber hinaus auf die Bedeutung der Anforderung an Rechtssicherheit sowohl im materiellrechtlichen als auch im verfahrensrechtlichen Strafrecht hinweist. Siehe *ders.*, in Luchtman (Hrsg.), *Choice of Forum in Cooperation against EU Financial Crime, Freedom, Security and Justice and the Protection of Specific EU-Interests*, 2013, S. 73 (80).

<sup>78</sup> EGMR, Urte. v. 5.10.2004 – 45508/99 (H.L. v. Vereinigtes Königreich), Rn. 114.

<sup>79</sup> EGMR, Urte. v. 9.7.2009 – 11364/03 (Mooren v. Deutschland), Rn. 76. Siehe *Marzaduri*, in: Ruggeri (Hrsg.), *Liberty and Security in Europe, A comparative analysis of pre-trial precautionary measures in criminal proceedings*, 2012, S. 17 (26 ff.).

<sup>80</sup> Zur Bedeutung der wesentlichen Angehörigkeit im Gebiet der transnationalen Beweisführung siehe ausführlicher *Ruggeri*, in: Ruggeri (Hrsg.), *Human Rights in European Criminal Law, New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, 2015, S. 147 (188 ff.).

## V. Fazit

Im heutigen komplexen europäischen Rechtsverkehr wirft das Thema der Verwertbarkeit ausländischer Beweismittel Probleme auf, die nicht nur den Verfolgerstaat betreffen. Das italienische Prozessrecht weist im Bereich der internationalen Beweiserlangung einen eher traditionellen und lückenhaften Ansatz auf, der den modernen Herausforderungen insbesondere des EU-Rechtsverkehrs nicht in adäquater Weise Rechnung trägt. Zugleich zeigt ein Überblick über die Neuerungen im EU-Recht ein Bild, das im Lichte des angestrebten Ziels einer effizienten zwischenstaatlichen Kooperation den Schutz der Grundrechte der in transnationale Strafermittlungen involvierten Individuen erheblich vernachlässigt – einen Schutz nämlich, mit dem paradoxerweise die Existenz und die Weiterentwicklung des EU-Rechtsraums der Freiheit, Sicherheit und des Rechts eng verbunden sind. Die Fokussierung auf den Schutz der Grundrechte der beschuldigten Person sowie des Adressaten der Ermittlungsmaßnahme stellt sicherlich den besten Ausgangspunkt für jeden Vorschlag dar, der auf einen anzustrebenden Ausgleich zwischen den Interessen der international-arbeitsteilig operierenden Staaten und den hiervon betroffenen Individualbelangen abzielt.