

Grafl/Klob/Reindl-Krauskopf/Winter

Herausgeber

#### 4. ALES - Tagung 2015

## Globalisierte Kriminalität – globalisierte Strafverfolgung?



Austrian Center for Law Enforcement Sciences  
Forschungsstelle für Polizei- und Justizwissenschaften

Grenzüberschreitende polizeiliche und justizielle Kooperation in der Strafverfolgung ist angesichts zunehmender Globalisierung der Kriminalität von entscheidender Bedeutung. Verstärkte grenzüberschreitende Zusammenarbeit bedarf aber nicht nur eines operativen Rahmens, sondern bringt auch rechtliche Herausforderungen sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene mit sich.

Am 15. Juni 2015 veranstaltete ALES im Festsaal des Bundesministeriums für Inneres unter dem Titel „Globalisierte Kriminalität – globalisierte Strafverfolgung?“ eine Tagung zu diesem hochaktuellen Thema. Zunächst wurden in vier Vorträgen praktische und rechtliche Herausforderungen durch eine staatenübergreifende Strafverfolgung dargestellt. Anschließend wurde in einer Podiumsdiskussion über praktische Schwierigkeiten in der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit sowie über Vor- und Nachteile der Entwicklung hin zu einer immer stärkeren Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Entscheidungen in der Europäischen Union auch im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit debattiert.

Der vorliegende Tagungsband enthält sämtliche Vorträge in schriftlicher Fassung sowie die Podiumsdiskussion als überarbeitete Transkription des Tonbandmitschnitts.

ISSN 2193-3456  
ISBN 978-3-86676-452-1  
Verlag für Polizeiwissenschaft



Globalisierte Kriminalität – globalisierte Strafverfolgung?

Band 9

Verlag für Polizeiwissenschaft

Schriftenreihe

Kriminalwissenschaften  
in Theorie und Praxis

Verlag für Polizei<sub>wissenschaft</sub>

Band 9

4. ALES - Tagung

**Globalisierte Kriminalität  
– globalisierte Strafverfolgung?**

Band zur Tagung am 15.6.2015 im Bundesministerium für Inneres

ISSN 2193-3456

ISBN 978-3-86676-452-1

Die Schriftenreihe  
„Kriminalwissenschaften in Theorie und Praxis“  
setzt sich zum Ziel, neben empirischen Studien in der Kriminologie  
und Kriminalistik dogmatische Abhandlungen zu straf-, strafprozess-  
und polizeirechtlichen Themen herauszugeben.

Die Schriftenreihe fördert insbesondere interdisziplinäre und  
erfahrungswissenschaftliche Zusammenhänge im internationalen  
Vergleich und spiegelt auf diese Weise das gesamte breit gefächerte  
Spektrum der Kriminalwissenschaften wider.

Schriftenreihe

## Kriminalwissenschaften in Theorie und Praxis

*Herausgeber*

Christian Grafl  
Bernhard Klob  
Susanne Reindl-Krauskopf  
Ireen Christine Winter

Band 9

4. ALES - Tagung

### **Globalisierte Kriminalität – globalisierte Strafverfolgung?**

Band zur Tagung am 15.6.2015 im Bundesministerium für Inneres

ISSN 2193-3456  
ISBN 978-3-86676-452-1

---

Verlag für Polizei<sup>\_\_\_\_\_</sup>wissenschaft

Prof. Dr. Clemens Lorei

### **Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

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

Das Werk einschließlich aller seiner enthaltenen Teile inkl. Tabellen und Abbildungen ist urheberrechtlich geschützt. Nachdruck, Übersetzung, Vervielfältigung auf fotomechanischem oder elektronischem Wege und die Einspeicherung in Datenverarbeitungsanlagen sind nicht gestattet. Kein Teil dieses Werkes darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung in irgendeiner Form reproduziert, kopiert, übertragen oder eingespeichert werden.

© Urheberrecht und Copyright: 2016 Verlag für Polizeiwissenschaft,  
Prof. Dr. Clemens Lorei, Frankfurt

Alle Rechte vorbehalten.

Verlag für Polizeiwissenschaft, Prof. Dr. Clemens Lorei  
Eschersheimer Landstraße 508 • 60433 Frankfurt  
Telefon/Telefax 0 69/51 37 54 • [verlag@polizeiwissenschaft.de](mailto:verlag@polizeiwissenschaft.de)  
[www.polizeiwissenschaft.de](http://www.polizeiwissenschaft.de)

Printed in Germany

## **Vorwort**

Die vom Austrian Center for Law Enforcement Sciences (ALES) der Universität Wien veranstaltete Jahrestagung 2015 fand am 15. Juni im Festsaal des Bundesministeriums für Inneres statt. Der Titel der Tagung „Globalisierte Kriminalität – globalisierte Strafverfolgung?“ macht deutlich, dass grenzüberschreitende polizeiliche und justizielle Kooperation in der Strafverfolgung angesichts zunehmender Globalisierung der Kriminalität von entscheidender Bedeutung ist. So wurde zum einen der bestehende Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit beleuchtet, zum anderen aber auch über künftige Strafverfolgungsinstrumente in der Europäischen Union diskutiert.

Der vorliegende Tagungsband spannt im Vortragsteil den Bogen von polizeilicher Kooperation bis zu justizieller Zusammenarbeit mit Schwerpunkt Europa. *Regine Wieselthaler-Buchmann*, Leiterin der Abteilung für internationale Polizeikooperation und Fahndung im Bundeskriminalamt, beleuchtet in ihrem Beitrag die Entwicklung der internationalen polizeilichen Zusammenarbeit im Rahmen von Interpol und innerhalb der Europäischen Union. *Fritz Zeder*, Leitender Staatsanwalt im Bundesministerium für Justiz, widmet sich in seinem Artikel der Europäischen Staatsanwaltschaft. Er stellt dabei nicht nur die historische Entwicklung und den aktuellen Verhandlungsstand des Projektes einer „Europäischen Staatsanwaltschaft“ dar, sondern arbeitet auch offene Punkte auf, die vor einer erfolgreichen Umsetzung noch intensiver Diskussionen bedürfen.

Der Beitrag von *Sabine Gless* (Universität Basel) befasst sich mit der Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung (EEA) und beleuchtet die damit verknüpften Herausforderungen für den nationalen Gesetzgeber und die nationale Rechtspraxis. Im Beitrag wird anschaulich herausgearbeitet, dass bei grenzüberschreitenden Ermittlungen besonderes Augenmerk auf den Individualrechtsschutz zu legen sein wird. Der letzte Artikel von *Verena Murschetz* (Universität Innsbruck) ist den grundrechtlichen Problemstellungen im Rahmen der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit gewidmet. Der Beitrag beschäftigt sich zentral mit der Frage der (uneingeschränkten)

Übergabeverpflichtung bei Vorliegen eines Europäischen Haftbefehls und Überlegungen zum „Ne bis in idem“.

Der Tagungsband enthält aber nicht nur alle Vorträge, sondern verschriftlicht auch die abschließende Podiumsdiskussion zum Titel „Praktische Probleme der grenzüberschreitenden Strafverfolgung“. Unter der Leitung von ALES-Leiterin *Susanne Reindl-Krauskopf* diskutierten *Christoph Bauer*, Richter des Landesgerichts für Strafsachen Wien, *Michael Schietz*, Staatsanwaltschaft Wien, *Alexia Stuefer*, Partnerin im Rechtsanwaltsbüro Soyer Kier Stuefer, und *Gerald Tatzgern*, Leiter der Zentralstelle zur Bekämpfung der Schlepperkriminalität, des Menschenhandels und des grenzüberschreitenden Prostitutionshandels im Bundeskriminalamt, über die praktischen Schwierigkeiten in der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit. Unter Beteiligung des Publikums wurden Vor- und Nachteile der Entwicklung hin zu einer immer stärkeren Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Entscheidungen in der Europäischen Union auch im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit dargestellt und die teilweise unterschiedlichen Sichtweisen der polizeilichen und justiziellen Strafverfolgung sowie der Verteidigung vertreten.

Der vorliegende Tagungsband bietet somit wiederum einerseits den Teilnehmern der Veranstaltung eine vollständige Dokumentation und kann andererseits allen am Thema interessierten Lesern einen lebendigen Eindruck der ALES-Tagung 2015 vermitteln.

Christian Grafl

Wien, 2016

## Inhaltsverzeichnis

1.	<b>Internationale polizeiliche Kooperation <i>Regine Wieselthaler-Buchmann</i></b> .....	11
2.	<b>Europäische Staatsanwaltschaft: Stand nach zwei Jahren Verhandlungen an der Verordnung <i>Fritz Zeder</i></b> .....	23
2.1.	Prolog: Der Acquis im Strafrecht .....	23
2.1.1.	Angleichung im materiellen Strafrecht .....	24
2.1.2.	Angleichung im Strafverfahren .....	25
2.1.3.	Intensivierung der Zusammenarbeit – gegenseitige Anerkennung .....	26
2.1.4.	Eurojust (und EJN) .....	28
2.1.5.	Gesamtbewertung des Acquis mit Blick auf die Europäische Staatsanwaltschaft .....	30
2.2.	Exkurs: Das OLAF .....	30
2.3.	Vorgeschichte und primärrechtliche Grundlagen der ESTA .....	34
2.3.1.	Überblick über die Vorgeschichte .....	34
2.3.2.	Die Rechtsgrundlage im Vertrag von Lissabon .....	35
2.4.	Der Vorschlag der Kommission und Stand der Verhandlungen 37	
2.4.1.	Der Vorschlag der Kommission .....	37
2.4.2.	Nationale Parlamente: „Gelbe Karte“ .....	38
2.4.3.	Verhandlungen im Rat .....	39
2.4.4.	Entschließungen des Europäischen Parlaments .....	41
2.5.	Die künftige Verordnung in zehn Themen .....	41
2.5.1.	Zuständigkeit .....	41
2.5.1.1.	Sachliche Zuständigkeit .....	41
2.5.1.2.	Wahrnehmung der Zuständigkeit .....	43
2.5.2.	Struktur der ESTA .....	44

#### 4. ALES Tagung 2015

2.5.2.1. Zentraleinheit.....	44
2.5.2.2. Dezentrale Ebene: Abgeordnete Europäische Staatsanwälte..	45
2.5.3. Ernennung, Unabhängigkeit, politische Verantwortung .....	46
2.5.4. Anklage, Befugnisse im Hauptverfahren .....	48
2.5.5. Befugnisse im Ermittlungsverfahren .....	48
2.5.6. Grenzüberschreitende Ermittlungen .....	50
2.5.7. Einstellung und diversionelle Geldbuße.....	51
2.5.7.1. Einstellung.....	52
2.5.7.2. Diversionelle Geldbuße/Absprache („Vergleich“) .....	52
2.5.8. Beweisverwertung im Hauptverfahren .....	53
2.5.9. Beschuldigtenrechte.....	55
2.5.10. Gerichtliche Kontrolle.....	56
2.6. Resümee und Ausblick .....	56
A. Literaturverzeichnis.....	57
<b>3. Grenzenlos fischen? – Die Europäische Ermittlungsanordnung Sabine Gless .....</b>	<b>61</b>
3.1. Einleitung .....	61
3.2. Europäische Ermittlungsanordnung.....	65
3.3. Zuständigkeit zum Erlass einer EEA.....	66
3.4. Weichenstellung für eine passende Rechtskonnotation.....	67
3.5. Locus regit actum .....	68
3.6. Vorgabe der Form- und Verfahrensvorschriften .....	69
3.7. Praktikabilität und Individualrechtsschutz.....	71
3.8. Zwischenergebnis.....	74
3.9. Konstitutionalisierung des Beweistransfers in der EU? .....	74
3.10. Einzelfallentscheidung und Grundrechtsprüfung .....	76
3.11. Konstitutionalisierung des Beweistransfers in der EU .....	77
3.12. Fazit .....	79
B. Literaturverzeichnis.....	80
<b>4. „Grundrechtliche Herausforderungen in der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit am Beispiel des EU-Haftbefehls“ Verena Murschetz .....</b>	<b>85</b>

#### Globalisierte Kriminalität – globalisierte Strafverfolgung?

4.1. Einleitung und Problemaufriss.....	85
4.2. Die grundrechtlichen Herausforderungen in der Anwendung des EU-HB .....	86
4.2.1. Die Übergabe unter dem Aspekt der GRC .....	86
4.2.1.1. Umfang, Tragweite und Bedeutung der GRC .....	86
4.2.1.2. EU-Grundrechtvorbehalt im RB-HB? .....	88
4.2.1.3. EU-Grundrechtvorbehalt im EU-JZG .....	89
4.2.1.4. Rsp des EuGH zum Anwendungsbereich der GRC.....	89
4.2.1.4.1. Rsp zum RB-HB .....	89
4.2.1.4.2. Rsp außerhalb der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen .....	92
4.2.1.5. Ergebnis.....	92
4.2.2. Die Übergabe unter dem Aspekt der EMRK .....	93
4.2.3. Die Übergabe unter dem Aspekt nationaler Grundrechte .....	95
4.2.4. Konkrete grundrechtliche Grenzen der Übergabe .....	98
4.2.4.1. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz .....	98
4.2.4.2. Ne bis in idem Grundsatz .....	100
4.2.4.2.1. Problemaufriss .....	100
4.2.4.2.2. Anforderungen an das <i>idem</i> .....	101
4.2.4.2.3. Anforderungen an die Entscheidung .....	101
4.2.4.2.4. Vollstreckungselement .....	102
4.2.4.3. Abwesenheitsurteil.....	103
4.3. Resümee .....	105
C. Literaturverzeichnis.....	106
<b>5. Podiumsdiskussion.....</b>	<b>109</b>

Zerbes, Fragmentiertes Strafverfahren. Beweiserhebung und Beweisverwertung nach dem Verordnungsentwurf zur Europäischen Staatsanwaltschaft, ZIS 2015, 145

### 3. Grenzenlos fischen? – Die Europäische Ermittlungsanordnung

*Sabine Gless*

#### 3.1. Einleitung

Nicht alle EU-Staaten haben einen Meerzugang, aber alle haben eine klare Vorstellung von Fischereirechten. Das gilt insbesondere für Österreich – schließlich gibt es dort viele Seen und Flüsse. Die Erlaubnis, etwas aus dem Gewimmel unter Wasser zu holen, ist regelmäßig klar einer Person zugeordnet: normalerweise dem Eigentümer als Territorialherrn, und auch der muss sich an gewisse Schranken halten.<sup>101</sup> Wer illegal über die Grenzen fischt, macht sich der Wilderei schuldig.<sup>102</sup> Was hat das mit der Europäischen Ermittlungsanordnung<sup>103</sup> zu tun?

Die Eingriffsrechte des Staates in den Informationspool der Bürgerinnen und Bürger sind ebenfalls klar bestimmt: Die zuständigen Behörden des Territorialherrn dürfen sich – notfalls unter Androhung und Anwendung von Zwangsmaßnahmen – aus dem Informationsreservoir Auskünfte beschaffen, etwa wenn dies in einem Strafverfahren zur Klärung eines Tatverdachtens notwendig erscheint. Wer jenseits der Staatsgrenzen ohne Erlaubnis Informationen beschafft, handelt illegal.<sup>104</sup> Und auch wer grenzüberschreitend ermitteln darf, muss sich an bestimmte Vorgaben halten<sup>105</sup> – selbst wenn es sich um

---

<sup>101</sup> Vgl etwa § 1 Gesetz vom 19. Mai 1983 über die Regelung des Fischereiwesens in Oberösterreich (Oö Fischereigesetz).

<sup>102</sup> § 137 StGB

<sup>103</sup> RL 2014/41 vom 3.4.2014, ABl L 130 vom 1.5.2014, 1 (RL EEA). Dazu: *Bachmeier Winter*, ZIS 2010, 580 ff; *Gless*, ZStW 125 (2013), 573, 596 f; *Schünemann/Roger*, (KOM [2009] 624 endg.), ZIS 2010, 92 ff; *Schuster*, StV 2015, 393; *Zimmermann*, ZStW 127 (2015), 143, 150.

<sup>104</sup> *Gless*, JR 2008 (2008), 317 (318).

<sup>105</sup> Dazu beispielsweise: *Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Einleitung Rn 40.

eine Maßnahme der gegenseitigen Anerkennung handelt.<sup>106</sup> Diese Regeln schützen traditionell die staatliche Souveränität im westphälischen Friedensordnungsmodus.<sup>107</sup> Nach heutigem Verständnis schützen sie auch den Einzelnen, denn jeder Staat, auch der eigene, muss sich an die gesetzlich bestimmten Regeln bei der Informationsgewinnung halten.<sup>108</sup> Aus diesem Grund ist auch die Erlaubnis eines Staates an einen anderen, über die Grenze zu ermitteln, nicht unproblematisch. Denn eine wichtige Grenze staatlichen Handelns ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.<sup>109</sup> Dieser beschränkt das staatliche Recht, im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungen in die Privatsphäre des Einzelnen einzugreifen. Das gilt für innerstaatliche Strafverfahren und ebenso für international-arbeitsteilige Verfahren<sup>110</sup> der Strafverfolgung: «Fishing expeditions»<sup>111</sup> als unbeschränkte Informationssuche nach Beweismitteln<sup>112</sup> sind weder im eigenen Land noch auf dem Rechtshilfeweg verhältnismäßig.<sup>113</sup>

Der Begriff der – unzulässigen – „fishing expeditions“ stammt ursprünglich aus dem U.S.-Recht und umschreibt die Instrumentalisierung eines Verfahrens, um – unter Umgehung von Verfahrensrechten – an Informationen zu gelangen, die man in der spezifischen Prozesssituation gar nicht bekommen dürfte.<sup>114</sup> Im kontinental-

<sup>106</sup> Vgl. dazu Zeder, ÖJZ 2009/107, 992-1002; Ryan, Towards a System of European Criminal Justice, 25.

<sup>107</sup> Dazu etwa Gless, Transnational Legal Theory 6:1, 117-140, 118.

<sup>108</sup> Vgl. dazu etwa Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn 2387.

<sup>109</sup> Vgl. dazu etwa Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn 2371.

<sup>110</sup> Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Einleitung Rn 129 und 134.

<sup>111</sup> BGE 103 Ia 206 (211); Gutz, Archiv für schweizerisches Abgaberecht 80, 713.

<sup>112</sup> Donatsch/Heimgartner/Meyer/Simonek, Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 93.

<sup>113</sup> Vgl. dazu etwa Bernasconi, Internationale Amts- und Rechtshilfe, 266 ff.; Moreillon, Rn 142 ff.

<sup>114</sup> West's Encyclopedia of American Law, edition 2. Copyright 2008: "Using the courts to find out information beyond the fair scope of the lawsuit. The loose, vague, unfocused questioning of a witness or the overly broad use of the discovery process. Discovery sought on general, loose, and vague allegations, or on suspicion, surmise, or vague guesses. The scope of discovery may be restricted by protective orders as provided for by the Federal Rules of Civil Procedure".

europäischen Recht wird der Begriff vor allem auf das Verhältnismäßigkeitskonzept abgestützt: Jedes staatliche Handeln,<sup>115</sup> das in Grundrechte eingreift, muss einen legitimen Zweck verfolgen und der Eingriff muss geeignet, erforderlich sowie verhältnismäßig im engeren Sinne sein.<sup>116</sup> Bei der grenzüberschreitenden Beweiserhebung müssen die unterschiedlichen betroffenen Rechtsordnungen mögliche Maßnahmen kombinieren. Dadurch droht allenfalls auch ein staatlicher Zugriff, der in seiner Form nicht mehr klar bestimmt resp. beschränkt ist. Unser traditionelles Verständnis geht jedoch von einem in der Zugriffsgewalt beschränkten Staat aus, dem auch zum Zwecke der Wahrheitsfindung im Strafverfahren nicht alles erlaubt ist.<sup>117</sup> Denn auch wenn grundsätzlich alles, was für die Wahrheitsfindung relevant sein kann, in strafrechtlichen Ermittlungen Berücksichtigung finden muss, hängt die Verwertbarkeit von Informationen oder Gegenständen als Beweismittel im Strafverfahren gleichzeitig davon ab, dass sie prozessordnungsgemäß in das Verfahren eingehen. Die Legitimation formalisierter Wahrheitsfindung im Strafverfahren gründet auf die grund- und menschenrechtliche Rückbindung der Beweisführung<sup>118</sup>. Unser Strafprozess ist weder formlos noch wertneutral; deshalb gibt es keine Wahrheitsermittlung um jeden Preis<sup>119</sup>. Vielmehr wägen die strafprozessualen Regeln über die materielle und formelle Zulässigkeit von Beweiserhebungen das Allgemeininteresse an der Aufklärung des Sachverhalts gegen die Individualinteressen der betroffenen Personen

<sup>115</sup> Vgl. Art 5 Abs 2 BV sowie spezifisch für die Freiheitsrechte Art 36 Abs 3 BV. Zum Verhältnismäßigkeitsprinzip im Rechtshilfekontext etwa Donatsch/Heimgartner/Meyer/Simonek, Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 92 ff.; Popp, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, § 14 Rn 400ff.; Riedo/Fiolka/Niggli, Strafprozessrecht, Rn 3681 ff.

<sup>116</sup> BGE 106 Ib 260 (264). Dazu im IRSG etwa die Art 4, Art 30 Abs 4, Art 40 Abs 2 und Art 63 Abs 1 IRSG. Siehe auch Popp, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, § 14 Rn 402 ff.

<sup>117</sup> Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 153; vgl. aus transnationaler Perspektive: Gless, ZStW 115 (2003), 139 f.

Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, 195 ff.; Krüßmann, Transnationales Strafrecht, 129 ff.

<sup>118</sup> Vgl. etwa BGH Urteil v. 9.9.2003 – 1 StR 356/03 = NSTZ-RR 2004, 19; BGH Urteil v. 17.03.1983 – 4 StR 640/82 = BGHSt 31 308; Jahn, Gutachten C für den 67. DJT 2008, C C 38 ff.; Puppe, Goltammer's Archiv für Strafrecht 1978, 289 ff., 305.

<sup>119</sup> Grundlegend BGH Urteil v. 14.6.1960 – 1 StR 683/59 = BGHSt, 14, 358 = NJW 1960, 1580; zur jüngeren Rspr BGH Urteil v. 11.1.2005 – 1 StR 498/04 = NJW 2005, 1519.

– etwa ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht oder das Verteidigungsrecht des Beschuldigten – ab<sup>120</sup>. Insofern ist jedes „Beweismittel“ ein Produkt eines bestimmten Rechtssystems. Es ist kein neutrales Angebot an Information, sondern impliziert die Aussage, dass das Beweismittel unter Beachtung spezifischer gesetzlicher Vorgaben erlangt worden ist<sup>121</sup>. Diese implizite Aussage über ein prozessordnungsgemäßes Angebot an Information ist die „Rechtskonnotation“ eines Beweismittels.<sup>122</sup>

Ein Problem bei der grenzüberschreitenden Beweissammlung liegt darin, dass ein im Ausland nach den dort geltenden Regeln erhobenes Beweismittel häufig – aus der Sicht des Forumsstaates – eine Rechtskonnotation aufweist, die für den Forumsstaat nicht passt; dann nämlich, wenn dessen Regeln über die Beweiserlangung im Staat der Beweiserhebung nicht gelten oder nicht beachtet worden sind<sup>123</sup>. Was häufig als „Auslandsbeweis“ bezeichnet wird, ist aus der Perspektive des Forumsstaates ein Informationsangebot mit unzureichender Rechtskonnotation – und dieses stürzt Ermittlungsbehörden und Gerichte in Probleme.

Im Folgenden will ich in zwei Schritten die Frage untersuchen, ob nunmehr die Europäische Ermittlungsanordnung eine europaweite Informationsgewinnung ermöglicht, die einerseits bei der Klärung eines Tatverdachts effizient hilft, indem sie Beweismittel hervorbringt, welche binneneuropäisch immer die richtige Rechtskonnotation aufweisen und dabei andererseits möglichst schonend mit Rechten der Individuen umgeht, die gesamteuropäischen Ermittlungseingriffen ausgesetzt sind. Dafür will ich zunächst den Inhalt der Europäischen Ermittlungsanordnung kurz skizzieren, vor allem mit Blick auf (a) die Herstellung eines Beweismittels „mit passender Rechtskonnotation“ bei (b) gleichzeitiger Gewährleistung eines adäquaten Individualrechtsschutzes bei grenzüberschreitender Beweissammlung. Anschließend

<sup>120</sup> Vgl. Pieth, Strafprozessrecht, 117 f.; Heimgartner, Strafprozessuale Beschlagnahme, 1.

<sup>121</sup> Vgl. dazu: Gless, NJW 2001, 3607.

<sup>122</sup> Gless, ZStW 125 (2013), 573, 575 f.

<sup>123</sup> Böse, ZIS 2014, 152; Burchard in Beck/Burchard/Fateh-Mayhadam (Hrsg.), 275, 280 ff.; Gless, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, 141 ff.; Schünemann/Roger, (KOM [2009] 624 endg.), ZIS 2010, 92.

diskutiere ich mögliche Korrekturen im Konflikt zwischen Effizienz der Strafverfolgung und Interessen der Betroffenen.

### 3.2. Europäische Ermittlungsanordnung

Müssen wir nach Umsetzung der im Jahr 2014 angenommenen Richtlinie zur Europäischen Ermittlungsanordnung (RL EEA 2014/41/EU), also spätestens im Mai 2017<sup>124</sup> grenzenlose Fischzüge aller in Europa für Informationssammlung zuständigen Strafverfolgungsbehörden fürchten?

Die Angst vor einer Auflösung bestimmter schützender Rechtsformen begleitete die Diskussion<sup>125</sup> um die Europäische Ermittlungsanordnung (EEA)<sup>126</sup> seit sie dem vorangegangenen Rahmenbeschluss zur Europäischen Beweisverordnung Konkurrenz machte.<sup>127</sup> Woher kommt die Angst vor grenzenlosem Fischen bei der EEA?

Grund für die Angst dürfte die in der RL angestrebte *Verkehrsfähigkeit der Anordnung von Ermittlungsmaßnahmen* sein: Wenn künftig nationale Vollzugsbehörden quasi-automatisch eine Durchsuchungsanordnung eines ausländischen Richters vollziehen, wäre das ein Novum. Und die Vorstellung verunsichert, dass ein deutscher Ermittlungsrichter in Polen die Durchsuchung eines Unternehmens quasi „selbst“ anordnen kann oder ein spanischer Untersuchungsrichter die Vernehmung österreichischer Politiker.<sup>128</sup> Teilweise ist dies die

<sup>124</sup> Vgl. zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens auf EU-Ebene: Brodowski, ZIS 2015, 79, 94.

<sup>125</sup> Vgl. etwa Zimmermann/Glaser/Motz, EuCLR 2011, 56 (61 ff).

<sup>126</sup> Die Initiative ist abgedruckt in ABl C 165 v. 24.6.2010, 22; vgl. sukzessive Fortentwicklung in: Ratsdok. 9145/10 vom 29.4.2010; Ratsdok. 9288/10 vom 21.5.2010; Ratsdok. 10749/2/11 vom 8.6.2011; Ratsdok. 18918/11 vom 21.12.2011; Ratsdok. 7014/12 vom 29.2.2012; Ratsdok. 8182/12 vom 4.4.2012; Ratsdok. 9445/12 vom 29.5.2012; Ratsdok. 16120/12 vom 15.11.2012.

<sup>127</sup> Zur Gesetzeshistorie Kubiciel in Ambos/König/Rackow, Rechtshilfe in Strafsachen, Rn 372 ff.; Zimmermann, ZStW 127 (2015), 143, 148; Vermeulen/De Bondt/Van Damme, EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters, 37 f.

<sup>128</sup> Zum Verfahrensprozedere vgl. etwa: Brodowski, ZIS 2015, 79, 94.

#### 4. ALES Tagung 2015 Sabine Gless

Angst vor der grenzenlosen Ausdehnung staatlicher Macht,<sup>129</sup> teilweise sicher auch Angst vor unbekanntem Terrain. Was bedeuten EEA tatsächlich im praktischen Fall? *Nehmen wir als Beispiel einen Fall mutmaßlicher Wirtschaftskriminalität im Londoner Bankensektor und nehmen wir an, Großbritannien macht seine Absicht wahr<sup>130</sup> und wird Teil der EEA. Dann könnte etwa das Serious Fraud Office durch eine Investigation Order verlangen, dass Wirtschaftstrehänder in Wien als Zeugen vernommen werden sollen, welche Auskunft über verdächtige Finanzdispositionen machen können.*

### 3.3. Zuständigkeit zum Erlass einer EEA

Tatsächlich soll jede nach nationalem Recht zuständige Behörde<sup>131</sup> in der EU praktisch jede Art von strafrechtlicher<sup>132</sup> Ermittlung<sup>133</sup> in einem anderen EU Staat anordnen können: Audiovisuelle Vernehmungen und Vernehmungen per Telefon (Art 24, 25 RL 2014/41/EU), Kontenabruf (Art 26, 27 RL 2014/41/EU), kontrollierte Lieferungen (Art 28 RL 2014/41/EU), Einsatz verdeckter Ermittler (Art 29 RL 2014/41/EU) sowie Telekommunikationsüberwachung (Art 30, 31 RL 2014/41/EU).

Die Anordnung wird nach einer rudimentären Prüfung durch die Vollstreckungsbehörde im angefragten Staat als eigene Maßnahme durchgesetzt. Im Beispielsfall würde also die Staatsanwaltschaft Wien für das Serious Fraud Office eine Vernehmung der Wirtschaftstrehänder anordnen und durchführen.

Von der Anordnung der Maßnahme im Vollstreckungsstaat getrennt zu betrachten ist die Frage der Antragskompetenz im Anordnungsstaat. Diese Antragskompetenz war zunächst umstritten, und ist insbesondere für Strafverteidiger von großer Bedeutung. Der europäische Gesetzgeber hat hier in der Richtlinie eine Regelung geschaffen: Nach 1 Abs 3

<sup>129</sup> Vgl dazu etwa: Burchard, in Beck/Burchard/Fateh-Mayhadam (Hrsg), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, 275, 283 ff.

<sup>130</sup> The United Kingdom decided to participate in the EIO by using the opt-in option provided for in Protocol 21 of the Lisbon Treaty. Ireland and Denmark are not taking part.

<sup>131</sup> „gerichtliche Entscheidung“ / Art 2 lit c RL EEA, aber s.a. Art 1.

<sup>132</sup> Art 4 RL EEA. S.a. Gless, ZStW 125 (2013), 573, 590.

<sup>133</sup> Ausgenommen sind Joint Investigation Teams, Art 3 RL EEA.

#### 3. Grenzenlos fischen? – Die Europäische Ermittlungsanordnung

RL dürfen auch der Beschuldigte und seine Verteidigung „nach Maßgabe des nationalen Rechts“ eine grenzüberschreitende Beweissammlung durch eine EEA beantragen.<sup>134</sup> Das entspricht einer alten Forderung der Strafverteidiger nach mehr Waffengleichheit beim Ausbau eines europäischen Straf(verfolgungs)raumes.<sup>135</sup> Im Klartext bedeutet die RL EEA Regelung aber nur: Die EU nimmt der Verteidigung mit der RL EEA nichts weg, was ihr nach nationalem Recht zusteht. Sie gibt ihr aber auch nichts dazu.

### 3.4. Weichenstellung für eine passende Rechtskonnotation

Ob ein Ermittlungsgriff über die Grenze zulässig ist, richtet sich nach den Vorgaben der Richtlinie zunächst einmal nach der nationalen Gesetzgebung der Behörde, die eine grenzüberschreitende Informationserhebung will.<sup>136</sup> Nach Art 6 RL EEA muss sie – neben Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit – prüfen, ob

*„die in der EEA angegebene(n) Ermittlungsmaßnahme(n) hätte(n) in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall unter denselben Bedingungen angeordnet werden können.“*

In das Fischereibild übersetzt, bedeutet das, dass jeder grundsätzlich sein eigenes Angel-Zubehör benutzen kann und in gewissem Umfang muss. Das Serious Fraud Office muss also prüfen, ob „in einem vergleichbaren Fall“ die Ermittlungsmaßnahme nach den Vorgaben des englischen Strafprozessrechts zulässig wäre. In concreto: Ist nach englischem Recht eine Vernehmung zulässig und darf die betroffene Person – hier ein Wirtschaftstrehänder – vernommen werden, weil sie relevantes Wissen über eine Straftat hat? Steht dem allenfalls ein Zeugnisverweigerungsrecht entgegen? In England haben Wirtschaftstrehänder – anders als in Österreich<sup>137</sup> – kein Zeugnisverweigerungsrecht, wenn sie „nur als Steuerberater“, nicht aber als Anwalt fungieren.

<sup>134</sup> Art 1 Abs 3 RL EEA.

<sup>135</sup> Gless, StV 2013, 317.

<sup>136</sup> Art 6 Abs 1 lit b.

<sup>137</sup> § 157 Abs 1 Ziff 2 StPO-AU.

In den Fällen, in denen die nationale Strafprozessordnung des Anordnungsstaates eine Maßnahme zur Verfügung stellt, welche das Recht des Vollstreckungsstaates gar nicht vorsieht, etwa eine Überwachung privater Räume, etabliert Art 10 RL EEA ein generelles Korrektiv: Dann müssen die zuständigen Behörden im Vollstreckungsstaat auf eine andere, soweit möglich das gleiche Ziel erreichende Maßnahme zurückgreifen (Abs 1). Handelt es sich bei der angeordneten Maßnahme um einen Standardermittlungseingriff, dann ist die Ermittlungsanordnung selbst dann zu vollziehen, wenn das Recht des Vollstreckungsstaates eine solche Maßnahme nicht vorsieht (Abs 2). Ob sich diese Vorgabe in der Praxis realisieren lässt, erscheint jedoch – etwa angesichts des Gesetzesvorbehaltes – zweifelhaft.<sup>138</sup>

### 3.5. Locus regit actum

Hier zeigt sich die Problematik einer Festlegung auf die Perspektive des Anordnungsstaates, mit welcher die RL EEA einen Kontrapunkt zum traditionellen rechtshilferechtlichen Ansatz setzt: Obwohl der Ermittlungseingriff nicht „im eigenen Land“, sondern im Ausland stattfinden soll, ist von Anfang an die Perspektive des prospektiven Gerichtsortes maßgeblich.<sup>139</sup>

Die Ausrichtung des Ermittlungseingriffs auf das Recht des ermittelnden und damit prospektiven Gerichtsstaates hat im Wesentlichen zwei Gründe: Zum einen soll die EEA von vornherein Beweismittel hervorbringen, die in dem Strafverfahren, für das sie angefordert werden, tatsächlich Verwendung finden können. Zum anderen soll sich eine Ermittlungsbehörde nicht durch den Griff über die Grenze einer innerstaatlich gültigen gesetzlichen Beschränkung entziehen können.<sup>140</sup> Deshalb ergeben sich die Voraussetzungen für die Anordnung einer Maßnahme aus dem Recht des Anordnungsstaates.<sup>141</sup> Was dieses Verbot des Befugnis-shoppings<sup>142</sup> bedeutet, lässt sich am Beispielfall illustrieren, wenn man sich folgende Konstellation vorstellt: *Würden österreichische Behörden ermitteln, könnten sie nicht*

<sup>138</sup> Dazu etwa Böse, ZIS 2014, 153.

<sup>139</sup> Zimmermann, ZStW 127 (2015) 143, 150.

<sup>140</sup> Vgl Art 6 Abs 1 Böse, ZIS 2014, 153; Zimmermann, ZStW 127 (2015) 143, 146 f.

<sup>141</sup> Vgl a. Zimmermann, ZStW 127 (2015) 143, 147.

<sup>142</sup> Vgl Nelles, ZStW 109 [1997], 727, 738.

*grenzüberschreitend eine Vernehmung von Wirtschaftstreuhandern anordnen, selbst wenn diese in England domiziliert wären, wo ihnen kein Zeugnisverweigerungsprivileg zustünde.* Denn die anordnenden Behörden dürfen nicht ihre heimatlichen Beweisschranken umgehen.<sup>143</sup>

### 3.6. Vorgabe der Form- und Verfahrensvorschriften

Die Europäische Ermittlungsanordnung geht in der Ausrichtung auf das ausländische Recht sogar noch weiter – immer in dem Bemühen ein Beweismittel zu generieren, das der Rechtskonnotation des Systems entspricht, in dem ein Urteil gefällt werden soll.<sup>144</sup> Die Anordnungsbehörde gibt die Form- und Verfahrensvorschriften (Art 9 Abs 2 RL EEA) vor, welche bei der Durchführung der Ermittlungen eingehalten werden sollen.<sup>145</sup>

*Was bedeutet das? Im Beispiel könnte das Serious Fraud Office in seiner Investigation Order als maßgebliche Form- und Verfahrensvorschriften<sup>146</sup> die aus seiner Sicht notwendige Belehrungsformel, allenfalls die Anwesenheit von Beschuldigten und deren Verteidiger und vieles mehr festlegen. Die Ermittlungsbehörden vor Ort müssten sich dann fragen: Werden die nach österreichischem Recht notwendigen Belehrungen und die österreichische Praxis über die Zulassung dritter Personen bei einer Vernehmung damit außer Kraft gesetzt?*

Diese Frage legt den Finger auf einen wunden Punkt der Europäischen Ermittlungsanordnung: Da die Vollstreckungsbehörde – *hier die Staatsanwaltschaft Wien* – die Ermittlungen als eigene Maßnahme, also nach österreichischem Recht vornimmt (Art 9 Abs 1 RL EEA), kann sie nicht einfach blind fremden Vorgaben folgen. Das gilt insbesondere, wenn sie dadurch ihre eigene Rechtsbindung verletzen würde.<sup>147</sup> Deshalb erlaubt (Art 9 Abs 2 RL EEA) Folgendes:

*„Die Vollstreckungsbehörde hält die von der Anordnungsbehörde ausdrücklich angegebenen Formvorschriften und Verfahren ein, soweit in dieser Richtlinie*

<sup>143</sup> Böse, ZIS 2014, 153.

<sup>144</sup> Gless, ZStW 125 (2013), 573, 590.

<sup>145</sup> Schuster, STV 2015, 393, 394.

<sup>146</sup> Art 9 Abs 2; war auch schon nach Art 4 EU-RHÜbk vorgesehen; Art 8 Abs 1

<sup>147</sup> Vgl Schuster, STV 2015, 393, 393 f und 398 f.

*nichts anderes bestimmt ist und sofern die angegebenen Formvorschriften und Verfahren nicht im Widerspruch zu den wesentlichen Rechtsgrundsätzen des Vollstreckungsstaats stehen.*<sup>148</sup>

Doch damit ist der Ermittlungsbehörde nicht unbedingt geholfen. Denn sie muss ja im Einzelfall feststellen, *welche* der angegebenen Formvorschriften und Verfahren nicht im Widerspruch zu den wesentlichen Rechtsgrundsätzen des Vollstreckungsstaats stehen.

Hier liegt eine Crux der Europäischen Ermittlungsanordnung. Die eher diffuse Bestimmung des Art 9 verdeckt das Problem mehr als dass sie es löst. Was will die Regelung? Sollen die Vollstreckungsbehörden in den EU-Mitgliedstaaten tatsächlich maßgeschneiderte Ermittlungsmaßnahmen anordnen, die alle Seiten befriedigen? Sollen sie das produzieren, was man im Umgangssprache eine „eierlegende Wollmilchsau“ nennt? Eine (vermeintliche) Lösung, die „nur Vorteile bringt, alle Bedürfnisse befriedigt, allen Ansprüchen genügt“ – ein Hybridwesen, das Eigenschaften von Huhn (Eier legen), Schaf (Wolle liefern), Kuh (Milch geben) und Schwein (Fleisch) in sich vereint. *Müsste im Beispielsfall die Staatsanwaltschaft Wien den einheimischen Wirtschaftsprüfer zu einer Vernehmung nach englischem Recht laden, ihn nach englischem Recht belehren, allenfalls anwesenden Beschuldigten oder Verteidigern erlauben, sich nach englischem Recht zu verhalten – aber immer nur so weit, dass die wesentlichen Rechtsgrundsätze Österreichs nicht angetastet werden?*

Art 9 Abs 2 erscheint als ein am grünen Tisch ersonnener Kompromiss, der gut gemeint sein mag, in der Praxis aber wohl Verfahrensrechte von Individuen ebenso gefährden dürfte wie Verfahrenssicherungen für eine ordnungsgemäße Tatsachenfeststellung.<sup>149</sup> Denn einerseits soll die neue Perspektive die Maßgeblichkeit der Rechtsordnung des Anordnungsstaates so weitgehend wie möglich etablieren.<sup>150</sup> Andererseits soll die Rechtsordnung des Vollstreckungsstaates doch nicht seine

<sup>148</sup> Dazu etwa: Zimmermann, ZStW 127 (2015) 143, 150.

<sup>149</sup> Vgl insbesondere zur Gefährdung von Verfahrenssicherungen: Zimmermann, ZStW 127 (2015) 143, 150; Schönemann/Roger, (KOM [2009] 624 endg.), ZIS 2010, 92 ff.; European Criminal Initiative, 2014, 51 ff.

<sup>150</sup> Dieses Anliegen ist den EU-Staaten nicht unbekannt. Bereits Art 4 EU RhÜbk hat diese Herangehensweise vorgezeichnet: Es gilt „*forum regit actum*“, das prospektive Gerichtsort bestimmt die Verfahrensvorgaben. Beweisrechtshilfe soll wirklich eine Hilfe sein.

Geltung verlieren. Die in diesem Bemühen durch Art 9 Abs 2 statuierte Regelung ist nicht nur verfahrensrechtlich prekär, weil sie die an einem Strafverfahren Beteiligten in die beste oder in die schlechteste aller Welten – jedenfalls in eine unbekannte Welt – führen kann. Die Regelung ist darüber hinaus für die Rechtspraxis ohne konkretisierende Vorgaben praktisch kaum erfüllbar. Woher sollen die vor Ort mit der Durchführung der Ermittlungsanordnung betrauten Beamten wissen, wie sie die gewohnten Ermittlungsmaßnahmen durch Fremdelemente variieren und sie dann allenfalls wieder mit Rücksicht auf „wesentliche Elemente“ ihrer Rechtsordnung modifizieren müssen, ohne dass dadurch das justizförmige Verfahren gänzlich aufgelöst wird?<sup>151</sup>

Vor diesem Hintergrund ist der Vorschlag der österreichischen Delegation im Rat zu verstehen,<sup>152</sup> ein Handbuch für die Rechtspraxis auszuarbeiten, welches die spezifischen Voraussetzungen einer jeden Ermittlungsmaßnahme in jedem Mitgliedstaat aufführt, um den Justizpraktikern mittels Checklisten schnell die Möglichkeit zu geben, Vollstreckbarkeit und Erfolgsaussichten einer Europäischen Ermittlungsanordnung abzuschätzen.<sup>153</sup> In die gleiche Richtung geht der deutsche Vorschlag, die unabdingbaren Mindestvoraussetzungen explizit in das deutsche Rechtshilfegesetz aufzunehmen.<sup>154</sup>

### 3.7. Praktikabilität und Individualrechtsschutz

Die Möglichkeit zur Kombination der Rechtsvoraussetzungen von Anordnungs- und Vollstreckungsstaat soll wohl vor allem sicherstellen, dass die Ermittlungsanordnung effizient und gleichzeitig unter Beachtung beider involvierter Rechtsordnungen funktionieren kann. Gerade in der Kombination liegt die Herausforderung. Die Aufforderung zur gleichzeitigen Anwendung zweier Rechtsordnungen birgt nicht nur rechtsdogmatisches Konfliktpotential, sondern auch rechtspraktische

<sup>151</sup> Vgl Gless, ZStW 125 (2013), 573, 593 ff.

<sup>152</sup> Ratsdok. 9968/14, S. 6.

<sup>153</sup> Vgl zu weiteren Vorschlägen zur Behebung der Rechtsunsicherheit: Brodowski, ZIS 2015, 79, 96.

<sup>154</sup> Siehe Böse, ZIS 2014, 152, 154; Zimmermann, ZStW 127 (2015) 143, 151.

Probleme.<sup>155</sup> Denn eine gleichzeitige Anwendung von *lex loci* und *lex fori* ist in Fällen divergierender Rechts nicht möglich.<sup>156</sup> Fehlen Vorgaben zur Hierarchisierung der Rechtsregeln, erscheint es zudem willkürlich, ob die Betroffenen bei entsprechender Kombination in die beste aller Welten oder bei anderer Komposition in die schlechteste aller Welten geraten. Das zeigt nicht nur der Blick auf Beschuldigte, sondern auch auf Zeugen: Soll *im Beispielsfall eine Vernehmung nach Maßgabe des englischen Rechts durchgeführt werden, um ein Beweismittel mit der für England passenden Rechtskonnotation zu erhalten*, dann muss man streng dem englischen Recht folgen, und es entsprechend in Österreich praktizieren. Würde jedoch die Wiener Staatsanwaltschaft tatsächlich einen ortsansässigen Wirtschaftstreuhänder für eine englische Vernehmung in Österreich vorladen, dann würde sich *der Vorgeladene wohl sehr wundern und sich fragen, ob das möglich sei, da er ja nach österreichischem Recht ein Zeugnisverweigerungsrecht geltend machen kann*.<sup>157</sup>

Er fragt mit Recht.<sup>158</sup> Denn es war gerade ein Anliegen während der Gesetzgebungsarbeiten, dem Individualrechtsschutz Rechnung zu tragen.<sup>159</sup> Deshalb wurden etwa in die Versagungsgründe nach Art 11 RL EEA individualrechtsschützende Gründe aufgenommen. So kann etwa «...die Anerkennung oder Vollstreckung einer EEA im Vollstreckungsstaat versagt werden, wenn nach dem Recht des Vollstreckungsstaats Immunitäten oder Vorrechte bestehen, die es unmöglich machen, die EEA zu vollstrecken...»

Generell wird eine Europäische Ermittlungsanordnung nicht vollstreckt, bei entgegenstehenden Immunitäten und Vorrechten, bei Gefährdung von wesentlichen nationalen Sicherheitsinteressen, bei bestimmten parallelen Strafverfahren /ne bis in idem,<sup>160</sup> sowie bei eigener Strafverfolgung des Vollstreckungsstaates (Primat des

<sup>155</sup> Zur Problematik bei der Umsetzung der Europäischen Beweisverordnung siehe *Mavany*, Die Europäische Beweisverordnung und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, 138 ff.

<sup>156</sup> *Gless*, ZStW 125 (2013), 573 ff.

<sup>157</sup> § 157 Abs 1 Ziff 2 StPO.

<sup>158</sup> Grundlegend zur Entwicklung vereinheitlichter europäischer Beweisprinzipien, die den Beschuldigtenschutz integrieren: Jackson/Summers, 367 ff.

<sup>159</sup> Vgl Art 10 Abs 1 Initiative EB-EEA sowie Art 9 Abs 1 Initiative EB-EEA.

<sup>160</sup> Dazu etwa *Brodowski*, ZIS 2015, 79, 94.

Territorialitätsprinzips)<sup>161</sup> oder bei einem Verstoß gegen den europäischen *ordre public*.<sup>162</sup>

Insgesamt überwiegen bei den Versagungsgründen zwar Gründe, die eher dem Schutz staatlicher Interessen als dem von Individualinteressen dienen.<sup>163</sup> Doch ein besonderes Bemühen um den Individualrechtsschutz wird deutlich, insbesondere in den – wenngleich noch vereinzelt – Meistbegünstigungsklauseln: Nach Art 24 Abs 5 lit e dürfen Zeugen bei grenzüberschreitenden Video- oder Telefonvernehmungen Zeugnisverweigerungsrechte sowohl nach dem Vollstreckungs- als auch nach dem Anordnungsstaat geltend machen.<sup>164</sup>

Dieses Detail führt vor Augen, dass die Europäische Ermittlungsanordnung den Konflikt zwischen Individualrechtsschutz und Effizienz der Strafverfolgung bei der grenzüberschreitenden Strafverfolgung nicht prinzipiell, sondern einzelfallorientiert und punktuell zu lösen versucht.

Die Europäische Ermittlungsanordnung schafft – mit anderen EU-Instrumenten – einen neuen Raum der europäischen Strafverfolgung. Darin scheint es aber eher zufällig, wer durch Meistbegünstigung in die *beste aller Welten kommt, und wer – mangels strikter schützender Formen – in die schlechteste aller Welten zu fallen droht*. Dazwischen mag es viele Mittellösungen geben. Aber keine Lösung bringt „nur Vorteile, befriedigt alle Bedürfnisse“ – *die eierlegende Wollmilchsau* gibt es nicht.

<sup>161</sup> Ist eine Straftat außerhalb des Anordnungsstaats, aber ganz oder teilweise im Hoheitsgebiet des Vollstreckungsstaats begangen worden, so kann einer Ermittlungsanordnung auch entgegen gehalten werden, dass es an der Strafbarkeit im Vollstreckungsstaat und damit an der beiderseitigen Strafbarkeit fehle

<sup>162</sup> Der Ablehnungsgrund des Verstoßes gegen den europäischen *ordre public* ergänzt (Art 11 Abs 1 lit f) RL 2014/41/EU) wurde erst in den Endverhandlungen aufgenommen; dazu etwa *Brodowski*, ZIS 2015, 79, 94; zum *ordre public*-Vorbehalt im Rahmen der europäischen Beweisverordnung siehe *Mavany*, Die Europäische Beweisverordnung und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, 131 ff (2012).

<sup>163</sup> Das Primat des Territorialstaats wurde in den Endverhandlungen noch verschärft (Art 11 Abs 1 lit d), lit e) RL 2014/41/EU)

<sup>164</sup> Die Forderung nach einer Meistbegünstigung haben bereits früh erhoben *Ahlbrecht/Lagodny*, StraFo 2003, 329 ff, 334; ausführlich dazu in jüngerer Zeit: *Arnold*, Grenzüberschreitende Strafverteidigung in Europa, 13 f.

### 3.8. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis lässt sich damit festhalten: Die EEA verlängert die Arme der Verfahrensbeteiligten in den EU-Staaten (entsprechend den ihnen im nationalen Recht an die Hand gegebenen Mitteln): Sie können künftig grenzüberschreitend Ermittlungsmaßnahmen anordnen und Beweismittel zur Klärung eines Tatverdachts erlangen. Primäres Anliegen der Verkehrsfähigkeit von Ermittlungsanordnungen ist: Beweisrechtshilfe soll echte Hilfe bei der Sachverhaltsaufklärung sein.<sup>165</sup> Deshalb sind angeordnete Ermittlungen so weit wie möglich nach Maßgabe des Anordnungsstaates durchzuführen, obwohl sie formal Maßnahmen des Vollstreckungsstaates sind.<sup>166</sup> Diese Aufspaltung führt jedoch zu vielfältigen Konflikten. Zum ersten teilt die RL dementsprechend den Rechtsweg, so dass die Betroffenen die sachlichen Gründe für die Anordnung einer EEA im Anordnungsstaat, aber Einwände gegen die Vollstreckung im Vollstreckungsstaat geltend machen müssen.<sup>167</sup> Darüber hinaus müssen unterschiedliche materielle Prüfungsstandards angewendet werden. Die Richtlinie bietet keinen generellen Lösungsansatz an, der es dem Einzelnen erleichtern würde, vor einem Gericht alle Einwände gegen eine Ermittlungsmaßnahme kohärent vorzutragen.

### 3.9. Konstitutionalisierung des Beweistransfers in der EU?

Es stellt sich die Frage, wie eine adäquate Schnittstelle, ein Grenzübergang, für Beweismittel, die aus fremden Wassern stammen, definiert werden kann. Dafür bedarf es eines Ausgleichs zwischen Effizienz der Strafverfolgung und Interessen der Betroffenen im komplexen Bereich der Sachverhaltsfeststellung im Strafverfahren. Notwendig erscheint ein generell-abstrakter Ansatz, um tatsächlich eine gegenseitige Anerkennung von Ermittlungsmaßnahmen und damit die

<sup>165</sup> Burchard, in Beck/Burchard/Fateh-Mayhadam (Hrsg), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, 275, 278 f; Zimmermann, ZStW 127 (2015) 143, 148.

<sup>166</sup> Vgl zur Gesamtproblematik: Böse, ZIS 2014, 152, 154 f; Mavany, Die Europäische Beweisordnung und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, 74.

<sup>167</sup> Dazu ausführlich: Böse, ZIS 2014, 152, 158 ff.

Verwertbarkeit von grenzüberschreitend erlangten Beweisen zu sichern.<sup>168</sup> Die Richtlinie selbst sieht lediglich ein sehr grobes Raster für einen Ausschluss bestimmter Anordnungen vor: Der in Art 11 RL EEA skizzierte Weg ist nur bei Vorliegen eines der ausdrücklich genannten Versagungsgründe offen und erscheint als zu eng; auch die in Art 10 Abs 3 RL EEA genannte Möglichkeit eines Ausweichens auf eine weniger invasive Ermittlungsmaßnahme, auf ein milderes Mittel, setzt ein Stufenverhältnis verschiedener Ermittlungsmaßnahmen voraus, das nur in bestimmten Konstellationen einer grenzüberschreitenden Beweiserhebung gegeben sein wird. Notwendig ist jedoch darüber hinaus ein Korrektiv für das mit der Sachverhaltsfeststellung betraute Gericht in den Fällen, in denen es ein in einem anderen EU-Land erhobenes Beweismittel als „prekär“ für die eigene Wahrheitsfindung erkennt. *Wenn etwa im Beispielsfall die Staatsanwaltschaft Wien den einheimischen Wirtschaftstreuhänder zu einer Vernehmung nach englischem Recht lädt, den eigens aus England angereisten Strafverteidiger aber nur in einer analogen Anwendung von § 164 Abs 2 StPO-AU – nach abarbeiten des Fragenkatalogs des Serious Fraud Office – ergänzend zu Wort kommen lässt, und ihn nicht – wie dem englischen Parteiverfahren eigentlich angemessen – durch eigene Fragen ein eigenes Bild der Geschehnisse zeichnen lässt, oder aber wenn die Vernehmung nicht auf Tonband aufgenommen wird etc, wird sich der englische Beschuldigte aufgrund einer Beweisaufnahme, die österreichische und englische Elemente enthält, allenfalls in seinem Recht auf eine nach seinem Verfahrensrecht justizförmige Beweisaufnahme benachteiligt sehen.*

Es stellt sich vor diesem Hintergrund grundsätzlich die Frage nach einem Korrektiv für den Konflikt zwischen Effizienz der Strafverfolgung durch „Erweiterung der Fischereirechte“ über die Grenzen hinaus und dem Schutz der Interessen von betroffenen Individuen durch ein klar

<sup>168</sup> Vgl zur Problematik etwa: Burchard, in Beck/Burchard/Fateh-Mayhadam (Hrsg), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, 275, 281. Anders als die „Europäische Beweisordnung“ erhebt die EEA nicht den Anspruch eine Schnittstelle zwischen den nationalen Strafrechtsordnungen (klar zugunsten einer Verwertbarkeit) zu definieren. Grundsätzlich fehlen Rechtsregelungen betreffend Auslandsbeweise. Lediglich im Schweizer Strafgesetzbuch findet sich mit Art 148 eine Regelung darüber, wie eine Modifikation des Fragerechts im Ausland bei einer Beweisverwertung im Inland zu bewerten ist.

festgelegtes, justizförmiges Verfahren. Welche Optionen existieren für ein solches Korrektiv?

### 3.10. Einzelfallentscheidung und Grundrechtsprüfung

Die Richtlinie sieht – in Konkretisierung des Grundrechtes auf Rechtsschutz nach Art 47 Grundrechtecharta – in Art 14 vor, dass gegen die Anordnung und gegen die Vollstreckung einer EEA Rechtsmittel eingelegt werden können.<sup>169</sup> Ersteres kann im Anordnungsstaat geschehen, letzteres im Vollstreckungsstaat. In beiden Konstellationen ist der gleiche Rechtsschutz zu gewähren, wie er in der jeweiligen Situation gegen eine innerstaatliche Maßnahme gewährt würde. Die Richtlinie gibt also – jenseits ausnahmsweise etablierter Vollstreckungsgrenzen nach Unionsrecht<sup>170</sup> – keinen spezifischen Rechtsschutz und insbesondere kein differenziertes, europäisch-einheitliches materielles Prüfungsraster vor. Nach den Erfahrungen mit anderen Instrumenten gegenseitiger Anerkennung, insbesondere mit dem Europäischen Haftbefehl (EuHB), hätte man hier mehr erwartet. Lediglich wenige Prüfungspunkte wurden ausdrücklich verankert, die bei dem Balanceakt des Austarierens der Interessen an einer effizienten Strafverfolgung einerseits und dem Schutz von betroffenen Individuen andererseits zu beachten sind. So wird etwa ausdrücklich festgelegt, dass der Anordnungsstaat eine Verhältnismäßigkeitsprüfung<sup>171</sup> durchzuführen hat.<sup>172</sup> Das Problem der faktischen Rechtsdurchsetzung wird jedoch ebenso wenig angesprochen<sup>173</sup> wie die Frage einer vereinheitlichten Dogmatik der Beweisverwertungsverbote<sup>174</sup>. Vor dem Hintergrund dieses Versäumnisses ist wohl die Forderung nach einer Konstitutionalisierung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit in der EU, insbesondere auch im Bereich der grenzüberschreitenden Beweissammlung zu sehen.<sup>175</sup> Gefordert wird eine umfassend angelegte

<sup>169</sup> Zum Problem der damit verbundenen Rechtswegsplittung: Böse, ZIS 2014, 152, 154 f.; Mavany, Die Europäische Beweisordnung und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, 74.

<sup>170</sup> Dazu etwa: Böse, ZIS 2014, 152, 154 f.

<sup>171</sup> Dazu etwa Böse, ZIS 2014, 152, 158 f.

<sup>172</sup> Art 6 Abs 1 RL EEA.

<sup>173</sup> Böse, ZIS 2014, 152, 161 f.

<sup>174</sup> Schuster, STV 2015, 393, 398.

<sup>175</sup> Vgl dazu Burchard, Die „Enthegung“ kollektiver Herrschaftsgewalt durch ein Recht der extraterritorialen Beweiserhebung, 382 ff.

und kohärente Regelung, welche den Strafverfolgungsbehörden und den Rechtsunterworfenen größere Rechtssicherheit vermittelt. Denn es gibt gute Gründe dafür, dass alle EU-Staaten ausdifferenzierte Strafprozessordnungen haben, die eine justizförmige Strafrechtspflege sicherstellen sollen. So lautet etwa § 91 Abs 2 der österreichischen Strafprozessordnung: Die Beweisaufnahme „ist nach der in diesem Gesetz vorgesehenen Form entweder als Erkundigung oder als Beweisaufnahme durchzuführen“ und verweist damit auf ein engmaschiges Regelwerk und beschränkt sich nicht auf eine Generalklausel: „Ermittlung ist jede Tätigkeit der Kriminalpolizei, der Staatsanwaltschaft oder des Gerichts, ... Sie ist in geeigneter Form unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durchzuführen.“

### 3.11. Konstitutionalisierung des Beweistransfers in der EU

Meines Erachtens sollte der europäische Gesetzgeber nun den nächsten Schritt gehen und in möglichst klaren Vorgaben skizzieren, wie Strafverfolgungseffizienz einerseits und Individualrechtsschutz andererseits auszubalancieren sind und dadurch einen europäischen ordre public lancieren, wie er in der RL EEA vorausgesetzt wird.

Hier kann heute an verschiedene Initiativen, Grünbüchern und Richtlinien angeknüpft werden. Denn während zu Beginn des Umbaus der Rechtshilfe im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, wenn nicht ausschließlich, so doch vornehmlich die Effizienz der Strafverfolgung durch eine gegenseitige Anerkennung von Justizentscheidungen im Vordergrund stand, besinnt man sich seit ein paar Jahren zurück auf den Individualrechtsschutz.

Das gilt nicht nur für die europäische Ebene, sondern auch für nationale Rechtsordnungen und die internationale Diskussion, oder wie es der deutsche BGH ausdrückt:<sup>176</sup> Es entspreche „dem mittlerweile ganz überwiegenden völkerrechtlichen Verständnis“, „den Einzelnen als Subjekt des Völkerrechts anzuerkennen und seine Interessen im Rahmen des Rechtshilferechts zu berücksichtigen.“<sup>177</sup>

<sup>176</sup> BGH Beschl. v. 21.11.2012 – 1 StR 310/12, Rn 38.

<sup>177</sup> BGH Beschl. v. 21.11.2012 – 1 StR 310/12, Rn 23 und 25.

Diese Forderung kann im europäischen Raum an Vorgaben in den EU-Verträgen sowie an die EU-Grundrechte-Charta angeknüpft werden. Wenngleich beide – vergleichbar der EMRK – nur punktuell ausdrücklich Schutz bieten, wie etwa durch die in Art 48 Abs 2 der EU-Grundrechtecharta verbürgten „Verteidigungsrechte“.<sup>178</sup> Hier fehlt beispielsweise ein Rechtsschutz für Zeugen. Aber auch mögliche Zeugen bedürfen einer gesicherten Rechtsposition: Sie können an der mutmaßlichen Tat ganz unbeteiligt sein und werden eher zufällig als Adressaten von Ermittlungsmaßnahmen fremdem Recht unterworfen, das für sie belastender sein kann als das Recht ihres Aufenthaltsstaates. Es stellt sich immer wieder die gleiche Frage:

*Rechtfertigt der Umstand, dass ein Beweis mit passender Rechtskonnotation für ein englisches Strafverfahren in Österreich gesammelt werden soll, eine Fremdrechtsanwendung, resp. in welchem Umfang ist eine Fremdrechtsanwendung gerechtfertigt und wann muss sich ein Staat schützend vor die Adressaten von Ermittlungsmaßnahmen stellen, damit nun nicht sie Gefahr laufen, in die schlechteste aller Welten zu geraten?*

Diese Frage wird sich für die nationalen Ermittlungsbehörden in vielen Einzelfällen stellen.

Vor diesem Hintergrund erschließt sich die Forderung nach einer gemeinsamen Entwicklung unionsrechtlicher Standards für den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.<sup>179</sup>

Die Konstitutionalisierung der europäischen Strafverfolgung ist ein notwendiger Schritt, um die Interessen der Strafverfolgung und des Individualrechtsschutzes auszubalancieren.

<sup>178</sup> RL ABl s.a. RL 2011/36/EU vom 5.4.2011 zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer, ABl L 101 vom 15.4.2011, 1.

<sup>179</sup> Ahlbrecht, StV 2013, 114 (118); Gless, ZStW 125 (2013) 573 (585 ff); Böse, ZIS 2014, 153.

### 3.12. Fazit

Unsere Ausgangsfrage lässt sich also wie folgt beantworten:

Die Europäische Ermittlungsanordnung eröffnet eine große Chance für eine europaweite Beweissammlung in Strafverfahren, denn sie bietet die Möglichkeit einer neuen Art der Beweisrechtshilfe, die vor allem an Hilfeleistung orientiert ist. Das könnte zu einem dynamischen Umbruch in der Beweisrechtshilfe führen, zumal wenn in Zukunft tatsächlich auch eine Europäische Staatsanwaltschaft grenzüberschreitend Ermittlungen anordnen würde.

Durch die gegenseitige Anerkennung von Ermittlungsanordnungen exponieren die Staaten jedoch ihre Bürgerinnen und Bürger. Denn diese werden nicht nur dem eigenen, sondern auch fremdem Recht unterworfen. Sie bedürfen eines neuen Rechtsschutzes, damit sie nicht in die schlechteste aller möglichen Welten geraten. Um eine Balance zu finden wird man sich auf rechtspolitischer, rechtspraktischer und rechtswissenschaftlicher Ebene um eine europäische Konstitutionalisierung der grenzüberschreitenden Beweiserhebung bemühen müssen. Das heißt: Es gilt einen europaweit anerkannten Wertekonsens zu ermitteln, der effiziente Strafverfolgung und Rechte der Betroffenen austariert: *Brauchen Wirtschaftstrehänder ein Zeugnisverweigerungsrecht oder nicht? Wie ist es mit katholischen Priestern? Sollen Verteidiger während einer Vernehmung stumm dasitzen oder sich aktiv einmischen?*

Grenzenlos fischen? Darf man das? Die Frage provoziert schnell die Antwort: „Nein!“ Damit sich diese Antwort in dem sich langsam europäisierenden Recht der grenzüberschreitenden Beweissammlung niederschlägt, bedarf es jedoch noch vieler Anstrengungen. Die schützenden Formen eines (traditionell nationalen) Strafverfahrens müssen konsequent in *einen* Rechtsraum der Freiheit, der Sicherheit und des *Rechts* übersetzt werden. Was diese Überlegung rechtspraktisch für die Umsetzung der RL EEA bedeuten, weiß man in Österreich wahrscheinlich am besten. Es handelte sich bei der Europäischen Ermittlungsanordnung von Anfang an auch um eine österreichische Initiative.<sup>180</sup>

<sup>180</sup> Vgl ABl L 130 vom 1.5.2014, 1.

## B. Literaturverzeichnis

- Ahlbrecht/Lagodny, StraFo 2003, 329 ff
- Ahlbrecht, Die Europäische Ermittlungsanordnung – oder: EU-Durchsuchung leicht gemacht, StV 2013, 114
- Arnold, Grenzüberschreitende Strafverteidigung in Europa, Berlin 2015
- Bachmaier Winter, *European investigation order for obtaining evidence in the criminal proceedings Study of the proposal for a European directive*, ZIS 2010, 580 ff
- Bernasconi Paolo, Internationale Amts- und Rechtshilfe bei Einziehung, organisiertem Verbrechen und Geldwäscherei, in Schmid (Hrsg) Kommentar Einziehung/ Organisiertes Verbrechen/ Geldwäscherei, Bd. II, Zürich 2002, 143-518
- Böse, Die Europäische Ermittlungsanordnung – Beweistransfer nach neuen Regeln?, ZIS 2014, 152 f
- Brodowski, Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick, ZIS 2015, 79
- Burchard, Die Europäische Ermittlungsanordnung ("European Investigation Order"), in Beck/Burchard/Fateh-Mayhadam (Hrsg), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, 275, Baden-Baden 2011
- Burchard, Die „Enthegung“ kollektiver Herrschaftsgewalt durch ein Recht der extraterritorialen Beweiserhebung, 382 ff
- Donatsch/Heimgartner/Meyer/Simonek, Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2. Auflage, Zürich 2015
- Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 9. Auflage 2015
- European Criminal Initiative, Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht, 2014, 51 ff
- Gless, Zur „Beweiswürdigungs-Lösung“ des BGH, NJW 2001, 3607

- Gless, Die „Verkehrsfähigkeit von Beweisen“ im Strafverfahren, ZStW 115 (2003), 139 f
- Gless, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, 2006, 195 ff
- Gless, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, 2007
- Gless, Beweisverbote in Fällen mit Auslandsbezug, Juristische Rundschau 2008 (2008), 317
- Gless, Grenzüberschreitende Beweissammlung, ZStW 125 (2013), 573
- Gless, OHN(E)MACHT – Abschied von der Fiktion einer Waffengleichheit gegenüber europäischer Strafverfolgung? StV 2013, 317
- Gless, Bird's-eye view and worm's-eye view: towards a defendant-based approach in transnational criminal law, Transnational Legal Theory 6:1 (2015), 117- 140
- Gutz, Beschwerde ans Bundesgericht gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen (Art 84 BGG). Die materielle Abgrenzung von Amts- und Rechtshilfe am aktuellen Beispiel der strafprozessual unzulässigen amerikanischen „fishing expeditions“ („Gruppenanfragen“), Archiv für schweizerisches Abgaberecht 80, 713
- Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Auflage 1990
- Heimgartner, Strafprozessuale Beschlagnahme, Zürich 2011
- Jackson/Summers, The Internationalisation of Criminal Evidence, 367 ff
- Jahn, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, Gutachten C für den 67. DJT 2008, C C 38ff
- Krüßmann, Transnationales Strafprozessrecht, 2009

#### 4. ALES Tagung 2015

Sabine Gless

---

- Kubiciel in Ambos/König/Rackow, Nomos Kommentar zum Rechtshilferecht in Strafsachen, 3. Teil Recht der EG/EU, 2014
- Mavany, Die Europäische Beweisordnung und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, C. F. Müller 2012
- Moreillon, Entraide internationale, Introduction générale, Rn. 142 ff.
- Nelles, Europäisierung des Strafverfahrens – Strafprozessrecht für Europa?, ZStW 109 [1997], 727
- Pieth, Strafprozessrecht, 2. Auflage 2012
- Popp, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2000
- Puppe, List im Verhör des Beschuldigten, Goldammer's Archiv für Strafrecht 1978, 289
- Riedo/Fiolka/Niggli, Strafprozessrecht - Sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011
- Ryan, Towards a System of European Criminal Justice, New York 2014
- Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5. Auflage 2012
- Schünemann/Roger, Stellungnahme zum Grünbuch der EU-Kommission „Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedsstaat“ (KOM [2009] 624 endg.), ZIS 2010, 92 ff.
- Schuster, Die Europäische Ermittlungsanordnung – Möglichkeiten einer gesetzlichen Realisierung, StV 2015, 393 f.
- Vermeulen/De Bondt/Van Damme, EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters, IRCP-series, Vol. 37, Antwerpen u.a. 2010
- West's Encyclopedia of American Law, edition 2. Copyright 2008
- Zeder, Gegenwart und Zukunft der gegenseitigen Anerkennung in Strafsachen in der EU, Österreichische Juristenzeitschrift 2009/107, 992-1002

#### 3. Grenzenlos fischen? – Die Europäische Ermittlungsanordnung

---

- Zimmermann/Glaser/Motz, Mutual Recognition and its Implications for the Gathering of Evidence in Criminal proceedings: a Critical Analysis of the Initiative for a European Investigation Order, EuCLR 2011, 56
- Zimmermann, Die Europäische Ermittlungsanordnung, ZStW 127 (2015), 143