

Fragmentiertes Strafverfahren

Beweiserhebung und Beweisverwertung nach dem Verordnungsentwurf zur Europäischen Staatsanwaltschaft

Von Prof. Dr. Ingeborg Zerbos, Bremen

Der seit Juli 2013 vorliegende Vorschlag der Kommission für eine Verordnung über die Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft¹ ist auf mehreren Ebenen hoch umstritten. In der vorliegenden Stellungnahme wird jedoch die fundamentale Frage nach dem – rechtspolitischen und legitimationsbezogenen – „Ob“ der Errichtung einer derartigen supranationalen Institution² ausgeklammert und unter den zahlreichen Fragen des „Wie“ nur eine herausgegriffen: jene nach dem Zusammenhang zwischen den Regeln zur Beweisermittlung und den Regeln zur Beweisverwertung. Erste-re, die Ermittlungen, sollen grenzüberschreitend durch die Europäische Staatsanwaltschaft geleitet werden. Die anschließende Anklage soll diese, wie es im Primärrecht vorgesehen ist, vor einem nationalen Gericht erheben, das über die Verwertung der vorgelegten Beweise zu entscheiden hat. Im Folgenden wird das Regelungskonzept analysiert, das der Verordnungsentwurf für diese beiden Phasen vorschlägt. Gelingt ihm die für ein ausgewogenes Strafverfahren erforderliche Abstimmung zwischen Ermittlung und Verwertung? Welche anderen Modelle könnten diesem Anspruch besser gerecht werden?

The Commission's Proposal for a Regulation on the establishment of a European Public Prosecutor's Office (EPPO) from July 2013 is highly controversial on several levels. However, the present article excludes the fundamental question of the – law, politics and competence oriented – “if” of establishing such a supranational institution and singles out only one among the countless questions of “how”: i.e. the question of the interrelation between the rules on collecting evidence and the rules on admissibility of evidence. The former, the investigation, shall be led across national borders by the European Public Prosecutor's Office. It shall file the subsequent prosecution before a national court, as is provided for under primary law. The regulatory scheme for these two phases of criminal proceedings which is suggested in the

¹ Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, v. 2013.7.17, KOM (2013) 534 endg. (im Folgenden: EUStA VE 2013), teilweise überarbeitet mit dem Ratsdok. 9834/1/14 REV 1 v. 21.5.2014 (nur die Artikel 1 bis 19); seit Ende 2014 liegt ein Entwurf des italienischen Ratsvorsitzes vor, der unter dem Titel „Orientierungsaussprache“ den Stand der Verhandlungen wiedergeben soll: Anlage II des Ratsdok. 15862/1/14 v. 28.11.2014; auf die Änderungen des EUStA-VE 2013, die damit vorgeschlagen werden, wird im Folgenden jeweils hingewiesen.

² Fundamentale Kritik äußern z.B. Böse, in: Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, Verfassungsrechtliche Grundstrukturen und wirtschaftsverfassungsrechtliches Konzept, 2004, S. 157; Hecker, Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2012, § 14 Rn. 39 ff.

draft regulation will be analysed in the following. Does it achieve the coordination between collecting evidence and admitting evidence that is necessary for a balanced prosecution? Which other models could meet these requirements better?

I. Überblick über bestehende und entworfenen Rechtsgrundlagen

Für den hier interessierenden Zusammenhang zwischen Beweisermittlungs- und Beweisverwertungsregeln sind vor allem zwei Bestimmungen der entworfenen Verordnung zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft (im Folgenden: EUStA-VE 2013) unmittelbar einschlägig: Art. 26 EUStA-VE 2013, der einerseits die Ermittlungsmaßnahmen aufzählt, die der Europäischen Staatsanwaltschaft zur Verfügung stehen müssen. Andererseits definiert er das rechtliche Regime, unter dem diese Maßnahmen abzulaufen haben. Hierfür schafft er aber keine über die erwähnte Aufzählung hinausgehenden eigenen Regeln, sondern verweist auf nationales Recht (siehe sogleich II. Ermittlungsphase).

Art. 30 EUStA-VE 2013 bezieht sich demgegenüber auf das Hauptverfahren. Für die Verwertbarkeit der Ermittlungsergebnisse verweist er gerade nicht auf nationales Recht, sondern etabliert eine recht schlichte, aber breite Bindung des erkennenden Gerichts, dem er allerdings die Würdigung der zu verwertenden Beweise überlässt (unten III. Hauptverfahren).

Zum rechtlichen Rahmen, in dem die Ermittlungs- und Anklage-Arbeit der EUStA in den Prozess der richterlichen Entscheidungsfindung auf nach wie vor nationaler Ebene eingebaut werden soll, gehört aber noch mehr. Dazu zählt freilich das nationale Recht jenes Mitgliedstaates, in dem der EUStA-Fall zur Anklage gebracht wird. Welche Regeln Hauptverhandlung und Urteilsfällung bestimmen, hängt damit von jenen Vorgaben ab, nach denen die einzelstaatliche gerichtliche Zuständigkeit ermittelt wird. Zentral ist Art. 27 Abs. 4 EUStA-VE 2013 – er enthält die Kriterien, die für die Zuständigkeitswahl getroffen werden sollen –, aber entscheidend ist auch der Zeitpunkt, zu dem diese Auswahl getroffen wird: nach Abschluss der Ermittlungen (Art. 27 Abs. 2 EUStA-VE 2013).

Aber selbst damit ist das rechtliche Feld, in dem sich Ermittlung und Beweisverwertung bewegen, noch nicht abgesteckt. So lässt sich bereits die Ermittlungsphase nicht isoliert nach dem normativen Regime beurteilen, das die Verordnung für die zukünftige Arbeit der EUStA entwirft. Es sind nämlich durchaus Konstellationen vorstellbar, in denen bestimmte Verfahrensphasen eines schlussendlich von der EUStA angeklagten Falles nicht oder noch nicht von der EUStA, sondern von den nationalen Strafverfolgungsbehörden geführt werden. Selbstverständlich nehmen diese zum einen Ermittlungen im jeweiligen Inland nach inländischem Recht vor. Bedürfen sie einer Beweiserhebung aus einem anderen Staat,

sind sie jedoch zum anderen auf Rechtshilfe angewiesen. Damit kommen die internationalen Rechtshilfeinstrumente ins Spiel: zwischen den EU-Mitgliedstaaten in erster Linie die EEA – freilich soweit sie bereits umgesetzt wurde; geht es um Beweise aus einem Staat außerhalb der EU, werden sie nach traditioneller Rechtshilfe erlangt.

Folgt bei einem solchen Fall später eine von der EUSTa erhobene Anklage, findet wieder ein Wechsel in das EU-StA-Regime statt: zu Art. 30 EUSTa-VE 2013 mit seiner breiten Pflicht, das seitens der EUSTa vorgelegte Material als Beweis zuzulassen.

II. Ermittlungsphase: Beweiserhebung

1. Konzept

Art. 26 EUSTa-VE 2013 beginnt mit einer beachtlichen Liste von Ermittlungsmaßnahmen (Abs. 1): „Die Europäische Staatsanwaltschaft ist befugt, in Ausübung ihrer Zuständigkeit die folgenden Ermittlungsmaßnahmen zu beantragen oder anzuordnen“ – und im Anschluss daran (lit. a) bis u) werden sämtliche gängigen Ermittlungsbefugnisse aufgezählt, einschließlich eingriffsintensive und geheime Maßnahmen wie verdeckte Ermittlungen, Überwachung des Telekommunikationsverkehrs, Überwachung öffentlich nicht zugänglicher Orte, Einfrieren künftiger finanzieller Transaktionen etc. Nach dem als „Orientierungsaussprache“ unter dem italienischen Ratsvorsitz zusammengefassten Stand der Verhandlungen des VE³ wird diese Aufzählung allerdings verkürzt – z.B. werden verdeckte Ermittlungen nicht mehr erfasst –, und sie wird an eine Mindestschadenssumme von € 100.000,- gebunden.

Art. 26 Abs. 2 EUSTa-VE 2013 etabliert sodann zwar die Pflicht der Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die gelisteten Maßnahmen für die Ermittlungen der EUSTa zur Verfügung stehen: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die [...] genannten Maßnahmen [...] angewandt werden können“. Sie sind jedoch (auch) an die Voraussetzungen des nationalen Rechts jenes Mitgliedstaates gebunden, in dem sie vorgenommen werden sollen, denn „für diese Maßnahmen gelten die Voraussetzungen [nicht nur] dieses Artikels [...], sondern auch] des einzelstaatlichen Rechts“. Das bedeutet, dass für den gesamten Ablauf einer der gelisteten Ermittlungsmaßnahmen – Beantragung bzw. Anordnung durch die EUSTa bis einschließlich ihrer Durchführung – nationales Recht gilt, und zwar das nationale Recht des Ortes der Durchführung. Der Vorschlag, den die italienische Ratspräsidentschaft aus der erwähnten Orientierungsaussprache 2014 entwickelt hat, behandelt diesen Punkt insofern differenzierter und komplizierter, als er für grenzüberschreitende Ermittlungen einen eigenen Art. 26a EUSTa-VE 2013 einschleibt und für die verschiedenen Phasen einer Ermittlungsmaßnahme verschiedene Regelungskonzepte vorsieht. Demnach soll sich zwar die Bewilligung und Begründung einer Maßnahme (Abs 1: „adoption and justification“⁴) nach dem nationalen Recht jenes Mitgliedstaates richten, in dem der Fall geführt wird.

Die anschließende Vollstreckung („enforcement“) soll sich jedoch – insofern wie im ursprünglichen VE 2013 – nach der Rechtsordnung richten, wo sie vorgenommen wird.

Art. 26 Abs. 2 EUSTa-VE 2013 bezieht sich schließlich auch auf sonstige Ermittlungsmaßnahmen – solche, die nicht in der erwähnten Liste genannt sind: „Andere als die in Absatz 1 genannten Ermittlungsmaßnahmen können von der Europäischen Staatsanwaltschaft nur angeordnet oder beantragt werden, wenn sie nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dem die Maßnahme durchgeführt werden soll, zur Verfügung stehen“. Eine Online-Überwachung eines heimlich manipulierten Computers ist eines der wenigen Beispiele; die Mitgliedstaaten sind nicht verpflichtet, eine entsprechende Befugnis für Ermittlungen der EUSTa zu schaffen. Soweit ein Mitgliedstaat sie allerdings ohnedies für Sachverhalte vorgesehen hat, die in die Zuständigkeit der EUSTa fallen sollen, muss er sie auch für die EUSTa zugänglich machen.

Was bedeuten diese Regeln im Einzelnen? Zum einen müssen wir uns mit der Forderung beschäftigen, dass die EUSTa die gelisteten Maßnahmen einsetzen darf, denn damit ist letzten Endes nichts anderes als eine Harmonisierung verbunden: In allen Mitgliedstaaten müssen diese Ermittlungsmaßnahmen im Bereich der Zuständigkeit der EUSTa zugänglich sein (siehe unten II. 2.). Zum anderen ist der Rückgriff auf das Recht des Durchführungsstaates aufzugreifen: das Prinzip *locus regit actum* (unten II. 3.).

2. Harmonisierung außerhalb von Art. 82 AEUV

Art. 26 Abs. 1 des EUSTa-VE geht offensichtlich davon aus, dass erstens jede nationale Rechtsordnung jede der gelisteten Befugnisse vorsieht, und zweitens, dass jede dieser Befugnisse auch für sämtliche Fälle innerhalb der Zuständigkeit der EUSTa ausgeübt werden darf. Diese Annahme wird sich allerdings nicht durchwegs bestätigen lassen. Insbesondere geheime Ermittlungsmaßnahmen – Telefonüberwachung (lit. e) und f), Audio- und Videoüberwachung des nichtöffentlichen Verhaltens (lit. i) etc. – unterliegen in zahlreichen Mitgliedstaaten Einschränkungen, die ihre Anwendung im Rahmen einer Ermittlung durch die EUSTa ausschließen könnten. Häufig sind sie etwa an eine generalisierte Mindestschwelle der Anlasstat gebunden, die wiederum durch eine bestimmte Mindeststrafdrohung definiert wird. Straftaten gegen die finanziellen Interessen der EU mögen dieses Level mitunter nicht erreichen.

In manchen Mitgliedstaaten werden die Straftaten, die Anlass für besonders schwerwiegend eingreifende Befugnisse sein dürfen, explizit gesetzlich genannt. Einige der Straftaten, die im Zuständigkeitsbereich der EUSTa liegen, können in derartigen Katalogen durchaus fehlen. Nach dem deutschen StGB darf beispielsweise der Verdacht eines Subventionsbetruges (§ 264 Abs. 1 StGB) grundsätzlich nicht durch eine Telekommunikationsüberwachung aufgeklärt werden – zu den so genannten „Katalogtaten“ für Überwachung gehören nur die besonders schweren Fälle von Subventionsbetrug (§ 264 Abs. 2 StGB). Um entsprechend der Forderung des EUSTa-VE sicherzustellen, „dass die [...] Maßnahmen“ einschließlich der Telekommunikationsüberwachung „im Rahmen der Ermittlungen und Strafverfolgungsmaßnahmen

³ Ratsdok. 15862/1/14.

⁴ Die deutsche Fassung liegt noch nicht vor.

der Europäischen Staatsanwaltschaft angewandt werden können“ (Art. 26 Abs. 2 und Abs. 1 lit. f) EUSTa-VE 2013), müsste der deutsche Gesetzgeber den Katalog des § 100a Abs. 2 StGB entsprechend erweitern.⁵

Vorstellbar ist auch, dass die Rechtsordnung eines Mitgliedstaats die eine oder andere Ermittlungsmaßnahme des Art. 26 Abs. 1 EUSTa-VE 2013 überhaupt nicht vorsieht. Eine über eine Durchsuchung hinausgehende „Versiegelung von Gebäuden“ ist beispielsweise nicht in jeder nationalen Rechtsordnung bekannt und müsste im Sinn von Art. 26 Abs. 1 EUSTa-VE 2013 eingeführt werden.

Welche Ermittlungsbefugnisse in welchen Grenzen in den nationalen Rechtsordnungen auch immer existieren, sie müssten nach Art. 26 Abs. 1 EUSTa-VE 2013 so geregelt werden, dass sie zumindest im Zuständigkeitsbereich der EUSTa anwendbar sind, mit anderen Worten: Die vorgeschlagene Harmonisierung des Prozessrechts – alle Mitgliedstaaten müssen alle genannten Ermittlungsbefugnisse zur Ermittlung von Straftaten gegen die finanziellen Interessen der EU zugänglich machen. Das wiederum wirft die Frage nach primärrechtlicher Deckung auf.

Die Kompetenznorm zur Harmonisierung des Strafprozessrechts ist Art. 82 Abs. 2 AEUV. Sie sieht zwar die Festlegung von Mindestvorschriften im Strafprozessrecht der Mitgliedstaaten durch Richtlinien vor, bezieht sie allerdings von vornherein auf die zwischenstaatliche Zusammenarbeit: Der EU-Gesetzgeber ist dazu nur befugt, „soweit dies zur Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen und der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen mit grenzüberschreitender Dimension erforderlich ist“, wobei die Erforderlichkeit – zum Schutz der „Verfahrensautonomie“ der Mitgliedstaaten – nach einem strengen Maßstab zu prüfen ist.⁶ Die Förderung supranationaler Ermittlungen wurde hier nicht erfasst und offensichtlich nicht einmal bedacht.

Es ließe sich zwar auf den ersten Blick dafür eintreten, unter Bezug auf Art. 86 AEUV – der Kompetenzgrundlage zur Errichtung einer EUSTa –, insbesondere aus Abs. 3, eine sinngemäße Auslegung von Art. 82 Para. 2 AEUV zu entwickeln, nach der auch die Erleichterung von Zusammenarbeit mit der EUSTa erfasst ist und die Anlass für die Festlegung von Mindestvorschriften sein darf. Die Interpretation von Normen, nach denen wie hier der Union gesetzgeberische Zuständigkeit eingeräumt wird, wird allerdings nicht so weit gehen dürfen: Die damit verbundene Einschränkung einzelstaatlicher Souveränität ist grundsätzlich restriktiv und nicht über den Wortlaut hinausgehend zu handhaben. Insofern geht die vorgeschlagene Verordnung über primärrechtliche Bindungen hinaus.

Sollten sich Änderungen durchsetzen, wie sie sich aus der Orientierungsaussprache 2014⁷ ergeben, wäre dieses Problem zumindest entschärft. Einerseits wurden nämlich die zwin-

gend vorzusehenden Ermittlungsmaßnahmen auf Durchführung, die Erwirkung der Vorlage von Schriftstücken und Daten, die Sicherstellung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten einschließlich Einfrieren von Vermögenswerten, die Überwachung der elektronischen Kommunikation und das Einfrieren künftiger finanzieller Transaktionen beschränkt. Andererseits wurde die Pflicht, diese Befugnisse der EUSTa zugänglich zu machen, an eine mutmaßliche Mindestschadenssumme von immerhin € 100.000,- gebunden. Die Erwartung, dass die Prozessordnungen der Mitgliedstaaten die genannten Eingriffe (auch) zur Aufklärung von Straftaten zu Lasten der finanziellen Interessen der EU regeln, wird in der Regel zutreffen.

3. *Locus regit actum vs. forum regit actum*

a) *Der lex-loci-Ansatz der EUSTa*

Jeder Mitgliedstaat muss die gelisteten Ermittlungsmaßnahmen zwar für eine von der EUSTa geführte Ermittlung zur Verfügung stellen. Außer der Aufzählung dieser Eingriffe als solche und einer Vorgabe im Hinblick auf eine (teilweise) gerichtliche Kontrolle (Abs. 4 und 5)⁸ regelt die entworfene Verordnung jedoch keine Voraussetzungen, sondern verweist auf das einzelstaatliche Recht (Art. 26 Abs. 2 EUSTa-VE 2013: „Für diese Maßnahmen gelten die Voraussetzungen [...] des einzelstaatlichen Rechts“). Dass damit das Recht jenes Mitgliedstaates gemeint ist, in dem die betreffende Maßnahme durchgeführt werden soll – der so genannte locus der Ermittlungen –, ergibt sich einerseits aus dem Zusammenhang mit Abs. 4 und 5, in denen dieser Hinweis gegeben wird.

Andererseits kommt zum Zeitpunkt der Ermittlungen unter der EUSTa noch gar keine andere nationale Rechtsordnung in Frage: Die EUSTa soll das für Hauptverhandlung und Urteil zuständige nationale Gericht erst mit der Anklage entscheiden (Art. 27 Abs. 4 EUSTa-VE 2013). In der Ermittlungsphase ist diesbezüglich daher noch alles offen: Es existiert noch kein so genanntes forum, dessen Strafprozessrecht herangezogen werden könnte.

Der EUSTa-VE ist damit einem im traditionellen Rechtshilferecht⁹ verankerten, der staatlichen Souveränität geschuldeten Grundsatz verbunden: locus regit actum, wonach der um Beweisrechtshilfe ersuchte Staat die vom ersuchenden Staat begehrte Ermittlungsmaßnahme nach seinem Recht durchführt. Der Staat, in dem ein Beweis erhoben wird und in dem folglich die ihm zugehörigen nationalen Behörden diese Erhebung leisten, bestimmt somit die bei dieser Erhebung anwendbaren Regeln. Sämtliche Belehrungsrechte, die Grenzen der Verhältnismäßigkeit, die Anwesenheits- und sonstigen Beteiligungsrechte, Widerspruchsrechte, Verweigerungsrechte wie z.B. Aussageverweigerungsrechte, die formalen Voraussetzungen wie insbesondere das Erfordernis einer richterlichen Bewilligung etc. werden nach seiner Rechtsordnung gewährt.

⁵ Siehe dazu auch *Brodowski*, ZIS 2013, 455 (461).

⁶ *Böse*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 82 Rn. 36.

⁷ Ratsdok. 15862/1/14.

⁸ Siehe unten II. 3.

⁹ Z.B. CoE-Rechtshilfeübereinkommen v. 20.4.1959.

Betrachtet man jede einzelne Strafverfolgungsmaßnahme isoliert, schützt dieser Grundsatz zwar das jeweils lokale Strafverfahrensrecht. Die Behörden des ersuchenden Staates wenden allein das dort herrschende Recht an. Damit wird jedoch letzten Endes die Kohärenz des gesamten Strafverfahrens gestört, mitunter durchaus zulasten der Individualrechte¹⁰, denn das Hauptverfahren – so ist es jedenfalls zum Zeitpunkt der Ermittlungen wohl geplant – soll später im ersuchenden Staat stattfinden: Dort sollen die nach ausländischem Recht erhobenen Beweise verwertet werden; es sind Beweise, die zwar nach der Rechtsordnung des Ortes ihrer Erhebung rechtmäßig, mitunter aber aus dem Blickwinkel des Strafprozesssystems ihrer Verwertung unrechtmäßig erhoben wurden. Angesichts dieser Unstimmigkeiten zwischen Ermittlungsphase und Hauptverfahren, die, damit ein Strafverfahren insgesamt ausgewogen und für die Beteiligten nach nachvollziehbaren Regeln abläuft, nach einem System durchgeführt werden müssen, hat sich ein anderes Prinzip etabliert: Der *lex-foi*-Zugang, nach dem der Ort der Hauptverhandlung die Regeln für das Ermittlungsverfahren bestimmt. Dazu im Folgenden.

b) Der lex-foi-Ansatz in der EU-Rechtshilfe

Das Prinzip *forum regit actum* hat sich bereits nach dem EU-Rechtshilfeübereinkommen 2000 (Art. 4)¹¹ etabliert, es hat sich schließlich auch in der Europäischen Ermittlungsanordnung¹² durchgesetzt (Art. 9 Abs. 2 EEA) – wenn auch nur als Kann-Bestimmung¹³ –, und es wird damit nach und nach die auf gegenseitiger Anerkennung basierende und damit fast die gesamte EU-Beweisrechtshilfe prägen. Demnach kann der Mitgliedstaat, vor dessen Gericht die Beweise verwendet werden und ins Urteil einfließen – der Forumstaat und Anordnungsstaat der EEA –, auch die Bedingungen („Formvorschriften und Verfahren“) ihrer rechtshilfeweisen Erhebung aus dem Ausland – durch den Vollstreckungsstaat der EEA – mitbestimmen. Ein solches Prinzip ist insofern überzeugend, als die Beweiserhebung und die Beweisverwertung nach den Regeln ein und derselben Strafprozessordnung erfolgen. Rechtseinbußen, die durch ein „Patchwork-Verfahren“¹⁴ entstehen – der Kombination einer Beweiserhebung nach Regeln des Staates A mit der Verwertung dieser Beweise im Staat B –, lassen sich vermeiden: Auch jene Beweise, die rechtshilfeweise im Ausland erhoben wurden, wurden so erhoben – insbesondere: unter Gewährleistung jener individuellen Rechte –, unter denen sie friktionslos verwertbar sind.¹⁵

Die Verbindlichkeit des fremden Rechts im Vollstreckungsstaat gilt zwar nicht absolut: Sie bedarf zur ihrer Legitimierung einer „Läuterung [...] zugunsten einer Verbindlichkeit von (bestimmten) Individualinteressen“¹⁶, auf deren Schutz der Einzelne im Vollstreckungsstaat vertrauen können muss und die daher dem Prinzip der Effizienz der (grenzüberschreitenden) Strafverfolgung übergeordnet sind. Die Richtlinie zur Europäischen Ermittlungsanordnung begrenzt ihren *lex-foi*-Ansatz daher.¹⁷ Insbesondere berücksichtigt sie einerseits den nationalen *ordre public*: Vorgaben des Anordnungsstaates, die „im Widerspruch zu den wesentlichen Rechtsgrundsätzen des Vollstreckungsstaates stehen“, muss der Vollstreckungsstaat nicht einhalten (Art. 9 Abs. 2 EEA).

Andererseits können im nationalen Recht des Vollstreckungsstaates verankerte „Immunitäten [...] [und] Vorrechte“ (Art. 11. Abs. 1 lit. a) EEA) im Vollstreckungsstaat der Vollstreckung einer Europäischen Ermittlungsanordnung entgegenstehen. Damit sind vor allem Berufsgeheimnisse bestimmter Vertrauensberufe gemeint (Rechtsanwälte, Ärzte, Journalisten etc.), die zu diesbezüglichen Aussageverweigerungsrechten und zu Beschlagnahmeverboten führen. Die Vertreter derartiger Berufe müssen insofern nicht mit der Preisgabe ihrer Geheimnisse nach einer anderen als nach jener Rechtsordnung fürchten, in der sie niedergelassen sind.

Drittens sind auch bestimmte im Vollstreckungsstaat konkretisierte Grenzen der Verhältnismäßigkeit vor einem Bruch durch ein davon abweichendes Verständnis aus dem Anordnungsstaat gesichert. Der Vollstreckungsstaat kann nämlich auch dann die Vollstreckung einer Europäischen Ermittlungsanordnung ablehnen, wenn die verlangte Maßnahme im Vollstreckungsstaat zwar nur im Falle explizit aufgezählter schwerer Straftaten zulässig ist, aber der betreffenden Ermittlungsanordnung kein Verdacht auf eine solche zugrunde liegt (Art. 11 Abs. 1 lit. h EEA).

Ein *lex-foi*-Prinzip mit derartig differenzierten Grenzen zugunsten übergeordneter individueller Rechte ist dem *lex-loci*-Prinzip überlegen.¹⁸ Es bedingt eine deutlich bessere Ausgangslage für ein kohärentes Verwertungskonzept. Das erkennende Gericht kann – aus nationaler Sicht wird sogar seine Pflicht abgeleitet¹⁹ – einen Verstoß gegen die aus seiner Sicht inländische Rechtsordnung, der durch ausländische Behörden im Zuge der Vollstreckung einer EEI begangen wurde, genauso behandeln, als sei er im Inland passiert: Er ist Anlass für ein Verwertungsverbot, wenn das Forumrecht ein solches vorsieht. Andererseits ist ein Auslandsbeweis grundsätzlich verwertbar, wenn das Forumrecht bei seiner Erhebung eingehalten wurde.

¹⁰ *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2013, 412 (417 f.).

¹¹ ABl. EG 2000 Nr. C 197/1.

¹² Directive regarding the European Investigation Order in criminal matters, ABl. EG 2014 Nr. L 130/1.

¹³ Insofern kritisch *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2013, 412 (417).

¹⁴ *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2013, 412 (417).

¹⁵ *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2013, 412 (417); *Gless*, ZStW 125 (2013), 573 (590).

¹⁶ *Gless*, ZStW 125 (2013), 573 (603).

¹⁷ Dazu insbesondere *Böse*, ZIS 2014, 152 (156 f.).

¹⁸ *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 92 (93 ff.), wie bereits die *AGIS-Gruppe*, in: Schünemann (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, A Programme for European Criminal Justice, 2006, Art. 4, 20 ff., 263 ff.; *Zimmermann/Glaser/Motz*, *European Criminal Law Review* 2011, 55 (72).

¹⁹ *Gless*, ZStW 125 (2013), 573 (607); *Böse*, ZIS 2014, 152 (161).

c) *Zwischenergebnis*

Von den skizzierten Vorteilen des *lex-foi*-Ansatzes aus betrachtet, bleibt der aktuelle Verordnungsentwurf einen drastischen Schritt hinter dieser aktuellen Entwicklung zurück: weniger, weil er ansonsten die EUSTa zum „prisoner of national laws“²⁰ macht – die Bindung an national laws ist nicht a priori abzulehnen –, sondern wegen der enormen Verschiedenheit dieser „national laws“²¹ und wegen der sensiblen Zusammenhänge zwischen Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsregeln. Jedes Verfahrenssystem stimmt Ermittlungsphase und Hauptverfahren auf ganz eigene Weise aufeinander ab. Diese Abstimmung trägt das jeweilige System und sorgt für eine Ausgewogenheit im Gesamten. Ungeachtet dessen sollen die nationalen Verfahrensordnungen bei Ermittlungen der EUSTa fragmentiert und deren einzelne Fragmente sodann zu einem Verfahren vor dem Gericht, vor dem später Anklage erhoben wird, zusammengeklebt werden: EUSTa-Verfahren wären nach dem jetzigen Entwurf Patchwork-Verfahren und daher mit sämtlichen Inkohärenzen, Friktionen, Systembrüchen und den daraus folgenden Verlusten individueller Rechte verbunden.²²

Im Übrigen mag ein weiterer Schritt in eine inkonsistente Rechtslage vorprogrammiert sein. Es könnte nämlich Konstellationen geben, in denen ein durch die EUSTa geleitetes Verfahren mit Beweisen bereichert wird, die in zwischenstaatlicher Zusammenarbeit und damit nach dem oben skizzierten *lex-foi*-Konzept erhoben wurden. So kann ein Fall zuerst durch einen nationalen Staatsanwalt aufgegriffen worden sein, den die EUSTa sodann kraft Evokationsrecht an sich zieht (Art. 19 Abs. 2 und 3 in der Fassung der Änderungsvorschläge²³).

Damit ist der angerichtete Rechtsquellensalat perfekt: Beweise, die letzten Endes in ein durch die EUSTa geleitetes Verfahren fließen, werden einerseits – soweit die EUSTa direkt ermittelt – nach *locus regit actum* erhoben, und das ist ja nicht ein einziger *locus*, sondern das sind bei grenzüberschreitenden Verfahren mehrere *loci*, jeder mit anderen Vorgaben für die Ermittlungen. Andererseits kann es im selben Fall durchaus zu Ermittlungen nationaler Staatsanwälte kommen oder gekommen sein, die von *forum regit actum* geleitet werden – allerdings ohne, dass es zum Zeitpunkt ihrer Ermittlungen bereits ein *Forum* im Sinne eines für Hauptverfahren und Urteil zuständigen Mitgliedstaates gibt, denn die Zuständigkeitsentscheidung fällt die EUSTa unabhängig davon (Art. 27 Abs. 4 EUSTa-VE 2013, dazu noch unten V. 2.).

Ausgeschlossen dürfte zumindest ein missbräuchlicher oder willkürlicher Wechsel zwischen den skizzierten Systemen sein. So muss ein Delegierter Europäischer Staatsanwalt

des Staates A, der Ermittlungshandlungen aus dem Mitgliedstaat B braucht, den Delegierten Europäischen Kollegen aus B darum ersuchen (Art. 18 Abs. 2 EUSTa-VE 2013). Insofern bleibt ein solches Verfahren im EUSTa-System, und die aus B begehrten Ermittlungshandlungen erfolgen – *locus regit actum* – nach der dortigen Rechtsordnung, sei es durch den dortigen Delegierten Europäischen Staatsanwalt selbst oder durch einen von ihm dort (in B) angewiesenen nationalen Kollegen. Nicht erlaubt ist einem Delegierten Europäischen Staatsanwalt hingegen, einen nationalen Staatsanwalt anzuweisen, damit dieser sodann via EEA grenzüberschreitend ermittelt und sich damit nach dem *forum-regit-actum*-Prinzip seiner Rechtsordnung bedient. Selbst in einem Fall, in dem dieses Prinzip günstiger wäre, weil die betreffende Ermittlungsmaßnahme im Inland niederschwelliger verfügbar wäre als im Ausland, kann ein zum EUSTa gehörender Staatsanwalt nur den dem gleichen Mitgliedstaat zugehörigen nationalen Staatsanwalt und nur zu Ermittlungen in diesem Mitgliedstaat anweisen.

Die Änderungsvorschläge, die unter dem italienischen Ratsvorsitz 2014²⁴ entwickelt wurden, sind nur auf den ersten Blick eine Verbesserung. So wird grenzüberschreitenden Ermittlungen ein neuer Art. 26a EUSTa-VE 2013 gewidmet, wonach zwar für Bewilligung und Begründung einer Maßnahme (Abs. 1: „*adoption and justification*“) das nationale Recht jenes Mitgliedstaates gelten soll, in dem der Fall geführt wird; insofern soll also das *Forumrecht* ausschlaggebend sein. Die anschließende Vollstreckung („*enforcement*“) soll sich jedoch – insofern wie im ursprünglichen VE 2013 – nach der Rechtsordnung richten, wo sie durchgeführt wird. Diese beiden Vorgänge – einerseits Bewilligung und Begründung, andererseits die Durchführung im engeren Sinn – rechtlich zu trennen und verschiedenen rechtlichen Regimen zu unterstellen, ist jedoch problematisch: Ein Eingriff wird stets so zu bewilligen und zu begründen sein, wie er später tatsächlich durchgeführt wird.

Das Problem einer Mischung von rechtlichen Regimen bleibt also bestehen und führt zur Suche nach besseren Lösungen. Die hier thematisierte Phase der Beweissammlung lässt sich jedoch nicht isolieren, sondern ist im Zusammenhang mit der Präsentation der gesammelten Beweise vor dem erkennenden Gericht und deren Verwertung durch das erkennende Gericht zu betrachten. Siehe dazu daher im Folgenden.

III. Hauptverfahren: Verwendung und Verwertung der erhobenen Beweise

1. Grundsätzliche Zulässigkeit aller von der EUSTa vorgelegten Beweise

Das generelle Prinzip für das Einbringen der zuvor erhobenen Beweise in das Hauptverfahren ergibt sich aus Art. 30 EUSTa-VE 2013. Danach soll das erkennende Gericht grundsätzlich jeden Beweis, den die EUSTa vorlegt, zulassen müssen. Die lokalen Beweisverwertungsgrenzen werden explizit ausgeschaltet: „Die von der Europäischen Staatsanwaltschaft vor dem Prozessgericht beigebrachten Beweismittel sind

²⁰ So allerdings *Ligeti/Simonato*, *New Journal of European Criminal Law* 2013, 7 (19).

²¹ Herausgearbeitet über entsprechende Länderberichte, hrsg. von *Ligeti*, *Toward a prosecutor for the European Union*, Bd. 1, *A Comparative Analysis*, 2013.

²² *Ligeti/Simonato*, *New Journal of European Criminal Law* 2013, 7 (18 ff.).

²³ Ratsdok. 9834/1/14 REV 1 v. 21.5.2014.

²⁴ Ratsdok. 15862/1/14 v. 28.11.2014.

ohne Validierung oder ein sonstiges rechtliches Verfahren zulässig – auch wenn das innerstaatliche Recht des Mitgliedstaats, in dem das Gericht seinen Sitz hat, andere Vorschriften für die Erhebung oder Beibringung dieser Beweismittel enthält (Art. 30 Abs. 1 EUStA-VE 2013).

Nur die Würdigung dieser Beweise bleibt dem nationalen Gericht überlassen, denn „die Zulassung der Beweismittel berührt nicht die Befugnis [...], die von der Europäischen Staatsanwaltschaft im Verfahren beigebrachten Beweismittel frei zu würdigen“ (Art. 30 Abs. 2 EUStA-VE 2013). Das ist schließlich unumgänglich – ohne richterliche Beweiswürdigung wäre der Charakter eines justiziellen Verfahrens gänzlich zerstört.

Aber auch mit richterlicher Beweiswürdigung kommt es vor dem erkennenden Gericht zu einer geradezu unzumutbaren Situation. Hintergrund ist – wie oben skizziert –, dass die EUStA in grenzüberschreitenden Fällen je nach Ort der jeweiligen Ermittlungshandlung nach verschiedenen nationalen Rechtsgrundlagen ermittelt hat oder ermitteln ließ. Das erkennende Gericht muss einerseits insofern gegen seine eigene Verfahrensordnung verstoßen, als es die dort vorgesehenen Beweisverwendungsverbote gegenüber Beweisanträgen der EUStA grundsätzlich nicht beachten darf: Es muss im Wesentlichen alle Beweise zulassen, die die EUStA in die Hauptverhandlung einbringt, selbst dann, wenn diese Beweise im selben Mitgliedstaat – in jenem, in dem auch die Hauptverhandlung stattfindet – in einer aus dessen Sicht unverwertbaren Weise erhoben wurden.

Erst recht werden andererseits Beweisverwendungsverbote aus anderen Rechtsordnungen unbeachtlich sein. Wenn also unter dem Dach der EUStA in einem anderen Mitgliedstaat und folglich an dessen Rechtsordnung gebundene Beweise ermittelt wurden, dabei jedoch die betreffenden Vorgaben so verletzt wurden, dass sie in diesem Mitgliedstaat Beweisverwendungsverbote auslösen würden, können sie dennoch von der EUStA dem erkennenden Gericht vorgelegt werden – und das erkennende Gericht muss sie zulassen.

Zudem könnte es Konstellationen geben, in denen Beweisergebnisse aus zwischenstaatlicher Zusammenarbeit nicht in dem sie auslösenden nationalen Strafverfahren bleiben, sondern später in die Akten des EUStA einfließen (oben II. 3. c). Auf der zwischenstaatlichen Ebene wird sich jedoch mehr und mehr das Prinzip der Fremdrechtsanwendung durchsetzen: Der eine Europäische Ermittlungsanordnung erlassende Mitgliedstaat gibt auch den Standard für die Durchführung der Maßnahme im Vollstreckungsstaat vor. Sinn und Konsequenz ist, wie ausgeführt (oben II. 3. b), dass die Gerichte des Anordnungsstaates, wenn sie später als Forum das Hauptverfahren durchführen, die Auslandsbeweise aus dem Blickwinkel ihrer Rechtsordnung verwerten oder – bei entsprechenden Verstößen bei der Ermittlung – mit einem Verwertungsverbot belegen können. Auch dieses Konzept wird angesichts der weitgehenden Verwertungspflicht, die dem erkennenden Gericht bei einer von der EUStA vorgelegten Anklage auferlegt wird, ausgebreit.

Sobald ein Beweis daher von der EUStA in ein Verfahren eingebracht wird, wird er – mit einer Ausnahme (siehe unten 2. a) – geradezu gegen Verwertungsverbote immunisiert.

Wurde er fehlerhaft aufgenommen, wird dieser Fehler in der Hauptverhandlung fortgesetzt statt (durch Verwertungsverbote) geheilt. Damit wird die jeden Strafprozess systembestimmende Abstimmung zwischen den Regeln zur Beweiserhebung und den Regeln zur anschließenden Beweisverwertung zerstört. Die Hauptverhandlung verliert nicht weniger als ihre Funktion, die justizielle Kontrolle des Ermittlungsverfahrens zu leisten. Die Ausgewogenheit des Verfahrens wird zusätzlich dadurch verzerrt, dass für die Beweise, die der Beschuldigte beantragt, sämtliche Zulassungsbeschränkungen gelten.

In der soeben vorgelegten Skizze und Kritik wurde allerdings bisher verschwiegen, dass Art. 30 EUStA-VE 2013 zu Gunsten von Unschuldsvermutung und Fairness des Verfahrens eine Ausnahme aus der generellen Beweiszulassungspflicht macht. Inwiefern ist die Kritik damit entkräftet? – Dazu im Folgenden.

2. Ausnahmen

Die Verordnung schlägt vor, dass das erkennende Gericht die Zulassung eines Beweises, den die EUStA als Ankläger beantragt, dann – nur dann – verweigern darf „wenn sich ihre Zulassung [...] negativ auf die Fairness des Verfahrens oder die Verteidigungsrechte auswirken würde, wie sie in den Art. 47 und 48 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankert sind“ (Art. 30 Abs. 1 EUStA-VE 2013).

a) Schutz der Verfahrensfairness

Die zitierten Stellen der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EUGrCh) garantieren immerhin die Verfahrensgrundrechte des Beschuldigten: Art. 47 der EUGrCh sein Recht auf effektive Rechtsmittel und auf ein faires Verfahren, Art. 48 die Unschuldsvermutung und sein Recht auf Verteidigung. Das sieht auf den ersten Blick nach durchaus starkem Schutz aus – die Beweisverwertung darf zu keinem Verstoß gegen die Fairness mit allen ihren Detailrechten (Verteidigungsrecht, Unschuldsvermutung) führen.

Wieso wird diese Verwertungsbeschränkung dennoch als „weitgehend inhaltsleer“²⁵ bezeichnet? – Eine solche Kritik lässt sich vor allem aus der Judikatur des EGMR zu Art. 6 EGMR erklären, der den zitierten Garantien der Charta letzten Endes ihre Bedeutung verleiht (Art. 53 Abs. 3 EUGrCh). Verwertungsbeschränkungen werden dort nämlich gerade nicht zum Ausdruck gebracht, im Gegenteil: Der EGMR betont regelmäßig, dass Art. 6 EMRK grundsätzlich keine Vorgaben dazu macht („does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such“²⁶). Aus seiner Judikatur

²⁵ Zeder, in Reindl-Krauskopf/Zerbos/Brandstetter/Lewisch/Tipold (Hrsg.), Festschrift für Helmut Fuchs, 2014, S. 673 (683).

²⁶ Aus EGMR, Urte. v. 12.7.1988 – 10862/84 (Schenk vs. Schweiz), der wohl ersten Entscheidungen mit dieser Floskel; darauf aufbauend z.B. EGMR, Urte. v. 19.12.1990 – 11444/85 (Delta vs. Frankreich); EGMR, Urte. v. 26.3.1996 – 20524/92 (Doorson vs. Niederlande); EGMR, Urte. v. 9.6.1998 – 25829/94 (Teixeira de Castro vs. Portugal); EGMR, Urte. v. 12.5.2000 – 35394/97 (Khan vs. Vereinigtes Königreich);

lässt sich folglich nicht ableiten, ob bestimmte, z.B. rechtswidrig ermittelte Beweise vor dem erkennenden Gericht zulässig sein dürfen („whether particular types of evidence – for example, evidence obtained unlawfully in terms of domestic law – may be admissible“²⁷). Die Fairness eines Verfahrens hängt demnach nicht von einzelnen Prozesshandlungen ab, sondern erfordert eine Beurteilung des gesamten Verfahrens („whether the proceedings as a whole [...] were fair“²⁸). In diesem Sinn ist ein Verfahren trotz einzelner Fairnesseinbußen insgesamt fair, wenn diese entsprechend ausgeglichen wurden („that the handicaps under which the defence laboured were counterbalanced by the procedures followed“²⁹). Je nach Lage des Falles kann ein solcher Ausgleich etwa durch ein Überwiegen der korrekt aufgenommenen Beweise bewirkt werden oder in ausreichenden Möglichkeiten liegen, den beanstandeten Beweis vor dem erkennenden Gericht hinsichtlich seiner Zulassung und seiner Glaubwürdigkeit zu bekämpfen.

Der EGMR hat seine Judikatur angesichts bestimmter besonders krasser Fairnessverletzungen zwar mittlerweile zugespitzt. So schließen Folter, unmenschliche Behandlung,³⁰ aber auch hartnäckige staatliche Tatprovokation³¹ und unter Umständen auch die Verweigerung eines Verteidigers bei polizeilichen Befragungen³² ein insgesamt faires Verfahren aus, wenn die auf die jeweilige Weise entstandenen Beweise verwertet werden, mit anderen Worten: Derartige Fairnessverstöße lassen sich durch nichts anderes ausgleichen als durch Verwertungsverbote.

Abgesehen von dieser Entwicklung in Einzelfällen, bleibt die grundsätzliche Zurückhaltung des EGMR zum Thema Beweisverwertung jedoch bestehen. Damit zurück zur Kritik an Art. 30 des EUStA-VE 2013 und auf seine auf Fairnessschutz reduzierte Entbindung von der allgemeinen Beweisverwertungspflicht: Der Verweis auf Art. 47 und 48 der Charta zwingt das erkennende Gericht im Prinzip nicht, die Zulassung eines Beweises zugunsten der Fairness zu verweigern. Insofern hält sich seine Schutzfunktion in Grenzen.

Andererseits eröffnet die EGMR-Judikatur, die hinter den Garantien der Charta steht und damit auf die Auslegung von Art. 30 EUStA-VE 2013 durchschlägt, eine eigenständige nationalrechtliche Beurteilung. So überlässt die skizzierte

Zurückhaltung des EGMR die Frage der Beweisverwertung ja ausdrücklich der nationalen Rechtsordnung („admissibility of evidence [...] is therefore primarily a matter for regulation under national law“³³) – und wenn diese zum Ausgleich einer Fairnesseinbuße die Unverwertbarkeit eines Beweises vorsieht, sieht sie einen jedenfalls EGMR-konformen Weg vor, ein „counterbalanced“ und somit insgesamt faires Verfahren herzustellen. Das nationale Hauptverhandlungsgericht könnte daher durchaus einen Beweisantrag seitens des EUStA nach Art. 30 EUStA-VE 2013 ablehnen, weil es ihn nach nationalem Prozessrecht zur Herstellung der Fairness für erforderlich hält – unabhängig davon, ob der EGMR dies ebenfalls für zwingend erforderlich hält. Art. 30 EUStA-VE 2013 bringt diesen Beurteilungsspielraum des erkennenden Gerichts zudem deutlich zum Ausdruck („nach Auffassung des Gerichts“).

Art. 30 EUStA-VE 2013 würde sogar unter bestimmten Voraussetzungen decken, einen Beweis aus dem Ausland trotz einer nach der betreffenden ausländischen Rechtsordnung rechtmäßigen Beweiserhebung als unverwertbar zurückzuweisen. Aus dem Blickwinkel jener Rechtsordnung beurteilt, nach der das erkennende Gericht entscheidet, könnte die betreffende Beweisaufnahme nämlich so abgelaufen sein, dass sie – unabhängig davon, ob sie für sich genommen zulässig war oder nicht – zum Schutz der Fairness keine im Hauptverfahren verwertbaren Beweise erzeugt hat.

Eine derartige Verantwortung des erkennenden Gerichts, das im Ausland gewonnene Beweise in sein Strafverfahren einfließen lassen will, hat der EGMR ebenfalls bereits ausgesprochen.³⁴ Im zugrundeliegenden Fall ging es um eine ohne Zugang zu einem Verteidiger vorgenommene, aber nach belgischem Recht dennoch zulässige polizeiliche Vernehmung in Belgien aufgrund eines französischen Rechtshilfeersuchens. Das Protokoll dieser Vernehmung wurde in Frankreich zur Verurteilung des Betroffenen mit dem Argument verwertet, dass die Vernehmung nach dem damals anwendbaren Rechtshilfeübereinkommen³⁵ dem Prinzip der *lex loci* folgend korrekt nach belgischem Recht abgewickelt worden sei. Der EGMR hat darin völlig unabhängig vom jeweils anwendbaren Prinzip zwischenstaatlicher Beweisrechtshilfe eine Fairnessverletzung erkannt. Die Verweigerung einer Beweisverwertung in einem derartigen Fall wäre daher eindeutig von Art. 30 EUStA-VE 2013 gedeckt.

Als Zwischenergebnis lässt sich daher festhalten, dass Art. 30 EUStA-VE 2013 in puncto Fairnessschutz durchaus Potential hat. In einer auf Effizienz und auf Unabhängigkeit von nationalen Prozessmodellen angelegten supranationalen Strafverfolgung vermittelt er über die Art. 47 und 48 der EUGrCh die Judikatur des EGMR zur Verfahrensfairness. Was als Fairnesseinbuße im Ermittlungsverfahren gilt, ist daher nach diesem Standard zu beurteilen. Die Wahl, wie derartige Fairnesseinbußen auszugleichen sind, liegt jedoch im Wesentlichen in den Händen der nationalen Rechtsord-

EGMR, Urt. v. 18.6.2002 – 24541/94 (Wierzbicki vs. Polen); EGMR, Urt. v. 5.11.2002 – 48539/99 (Allan vs. Vereinigtes Königreich); EGMR, Urt. v. 1.6.2010 – 22978/05 (Gäfgen vs. Deutschland).

²⁷ Hier: aus EGMR, Urt. v. 1.6.2010 – 22978/05 (Gäfgen vs. Deutschland).

²⁸ Im Wesentlichen wortgleich sämtliche Urteile aus Fn. 26.

²⁹ Z.B. EGMR, Urt. v. 26.3.1996 – 20524/92 (Doorson vs. Niederlande).

³⁰ Z.B. EGMR, Urt. v. 1.6.2010 – 22978/05 (Gäfgen vs. Deutschland).

³¹ EGMR, Urt. v. 5.2.2008 – 74420/01 (Ramanauskas vs. Litauen).

³² EGMR, Urt. v. 27.11.2008 – 3639/02 (Salduz vs. Türkei); EGMR, Urt. v. 27.10.2011 – 25303/08 (Stojkovic vs. Frankreich und Belgien).

³³ Siehe die Urteile aus Fn. 26.

³⁴ EGMR, Urt. v. 27.10.2011 – 25303/08 (Stojkovic vs. Frankreich und Belgien).

³⁵ CoE-Rechtshilfeübereinkommen v. 20.4.1959.

nungen. Sehen sie diesbezüglich Verwertungsverbote vor, lassen sie sich gestützt auf Art. 30 EUSTA-VE 2013 auch den von EUStA vorgelegten Beweisen entgegenhalten.

In der Überantwortung der Frage der Verwertungsverbote an die nationalen Rechtsordnungen liegt allerdings auch die Schwäche des Schutzes, den der entworfene Art. 30 EUStA-VE 2013 gewährleistet. In Rechtsordnungen, in denen sich ein relativ enges, allein auf Vorgehen der innerstaatlichen Behörden bezogenes Regime der Verwertungsverbote etabliert hat, werden Beweise, die seitens der EUStA im Ausland erhoben wurden, wohl nicht am innerstaatlichen Standard gemessen werden. Die Gefahr ist daher groß, dass die nationalen Gerichte das Potential des Art. 30 EUSTA-VE 2013 gar nicht sehen und es zu einer breiten, kaum überprüften Verwertung von Beweisen kommt. Ein Beschuldigter, der durch die EUStA angeklagt wird, wird letzten Endes drastisch schlechter gestellt als ein Beschuldigter einer rein nationalen Anklage.

b) Keine weiteren Zulässigkeitsgrenzen

Als einziger Grund, eine Beweisverwertung abzulehnen, ist der Schutz der Fairness vor allem deswegen klar ungenügend, weil er aufgrund seiner Entstehungsgeschichte allein einzelne Rechte des Beschuldigten garantiert, nicht aber beispielsweise die Rechte von Zeugen oder sonstiger von Eingriffen Betroffener. Art. 6 – und mit ihm Art. 47 und 48 EUGrCh – lässt somit „kein kohärentes System für adäquate Berücksichtigung kollidierender Interessen bei der strafprozessualen Beweissammlung entwickeln“³⁶.

Der Ausschluss bestimmter Beweise durch das erkennende Gericht hat eine weit über den Schutz der Fairness des Verfahrens hinausgehende Bedeutung: Er sichert nicht weniger als die Rechtsstaatlichkeit und damit die gesellschaftliche Akzeptanz des Verfahrens. Das Urteil soll sich nur auf rechtsstaatlich einwandfrei akzeptierte Beweise stützen. Rechtsstaatlichkeit hat insofern eine nationale Konnotation, als jede (nationale) Strafverfahrensordnung auf bestimmten, ihr eigenen Grundsätzen aufbaut, die, weil sie das System als solches tragen, als unverzichtbar gewertet werden. Werden sie in einer Verfahrensphase beeinträchtigt, soll dieser Fehler sich nicht im Hauptverfahren fortsetzen, denn er würde in gewisser Weise auch das Urteil kontaminieren. Das erkennende Gericht soll daher diesen Fehler korrigieren können – es soll kraft eines Verwertungsverbots für den Schutz der Wesenselemente des (jeweiligen nationalen) Strafprozesses sorgen.

Fairness dem Beschuldigten gegenüber ist nur einer dieser Ansprüche. Er ist den EU-Mitgliedstaaten im Übrigen gemeinsam, wenn auch im Einzelnen verschieden ausgestaltet und verschieden weitgehend durch Verwertungsverbote geschützt. Art. 30 EUStA-VE 2013 soll, wie oben gezeigt, diesen Schutz auf supranationaler Ebene bewahren (siehe 3. a). Es gibt jedoch noch weitere Rechtspositionen und rechtliche Institutionen, die in einzelnen Mitgliedstaaten für dermaßen wichtig eingestuft werden, dass ihre Beeinträchtigung durch Ermittlungen ebenfalls im Hauptverfahren aufgegriffen

werden und zur Unverwertbarkeit der so ermittelten Beweise führen kann. Dazu gehören individuelle Rechte Dritter wie insbesondere bestimmte Berufsgeheimnisse, z.B. das Anwalts- oder das Ärztegeheimnis. Es geht dabei um Berufe, die ein besonderes Vertrauensverhältnis zum Kunden, Patienten, Klienten u.s.w. erfordern. Einige dieser Berufsgeheimnisse sind in den meisten Mitgliedstaaten auch vor den Strafverfolgungsbehörden abgesichert. Sie werden in der Regel nicht nur bei der Beweiserhebung vor Aufdeckung gegen den Willen des Geheimnisträgers geschützt – etwa durch Beschlagnahmeverbote –, sondern auch durch anschließende Verwertungsverbote vor Gericht: Beweise, bei deren Erhebung diese Abschirmung rechtswidrig missachtet wurde, werden mitunter in der Hauptverhandlung nicht zugelassen.

Auch verschiedene sonstige individuelle Rechte des Strafverfahrens sind in manchen nationalen Strafprozessordnungen durch Verwertungsverbote abgesichert. So gibt es etwa verschiedene Konkretisierungen der Verhältnismäßigkeit von Eingriffen; z.B. ist in einigen Mitgliedstaaten der Kreis jener, die von einer Überwachung betroffen sein dürfen, auf bestimmte Kontakte des Verdächtigen beschränkt.³⁷ Auch derartige Grenzen der Ermittlungsbefugnisse sind teilweise so abgesichert, dass ihre Überschreitung zu unverwertbaren Beweisen führt.

Eine andere mitunter besonders geschützte rechtliche Institution sind Richtervorbehalte, die bei besonders eingriffintensiven Maßnahmen eine entsprechende richterliche Kontrolle ex ante garantieren sollen. Die gerichtliche Erlaubnis einer Maßnahme ist zwar eine bloß formale Voraussetzung für die Zulässigkeit dieser Maßnahme; sie schützt keine individuellen Rechte, sondern die Machtverteilung im Vorverfahren. Auch die vorgeschlagene EUStA-Verordnung nimmt auf diese Institution Bezug: Die besonders schwerwiegenden Ermittlungsbefugnisse, die der EUStA zustehen, bedürfen einer richterlicher Genehmigung (Art. 27 Abs. 4 EUStA-VE 2013). In vielen Rechtsordnungen sind die vorgesehenen Richtervorbehalte sogar unverzichtbar, sodass ein von der Polizei oder der Staatsanwaltschaft eigenständig erhobener Beweis dieser Art im Hauptverfahren unverwertbar ist.

Diese und andere in den verschiedenen nationalen Strafverfahrensordnungen unterschiedlichen Funktionen der Beweisverwertungsverbote ignoriert der Art. 30 EUStA-VE 2013: Weder die Verletzung von besonders geschützten Berufsgeheimnissen, noch Überschreitungen der Verhältnismäßigkeit, noch die Nichteinhaltung von Richtervorhalten etc. im Vorverfahren könnte vom erkennenden Gericht korrigierend – durch Ausschluss der betreffenden Beweise – aufgegriffen werden. Damit sind dessen Möglichkeiten, Verfahrensfehler aus dem Vorverfahren zu korrigieren, entscheidend beschränkt. So ist zweifelhaft, ob es nach dem vorgeschlagenen Konzept überhaupt die rechtlichen Möglichkeiten für die Durchführung eines Hauptverfahrens hat, das aus dem Blickwinkel der anzuwendenden Rechtsordnung rechtsstaatlich vertretbar ist. Ende 2014 wurde zwar vorgeschlagen,³⁸

³⁶ Gless, ZStW 125 (2013), 573 (602).

³⁷ Z.B. die Telekommunikationsüberwachung nach der öStPO (§ 135).

³⁸ Ratsdok. 15862/1/14 v. 28.11.2014.

die Gründe, einen von der EUStA vorgelegten Beweis nicht zuzulassen, auf sämtliche Rechte aus der Grundrechtecharta zu erweitern. Die hier geäußerte Kritik wäre jedoch auch damit nicht entkräftet: Wie oben skizziert, schützen Beweisverwertungsgrenzen weit mehr als Grundrechte.

IV. Zwischenergebnis

Wenn Art. 26 EUSTA-VE 2013 tatsächlich geltendes Recht wird, wird die EUStA in grenzüberschreitenden Fällen nicht nach einem Strafprozesssystem mit aufeinander abgestimmten Einzelregeln ermitteln, sondern nach verschiedenen Rechtsordnungen: Art. 26 EUStA-VE 2013 verweist auf das traditionelle Prinzip *locus regit actum* und damit jeweils auf das nationale Strafprozesssystem desjenigen Mitgliedstaates, in dem die EUStA die jeweilige Ermittlungsmaßnahme durchführen oder durchführen lassen will (oben II. 3.). Er soll mit einer Aufzählung aller wesentlichen Ermittlungsmaßnahmen zwar garantieren, dass diese der EUStA in sämtlichen Mitgliedstaaten zur Verfügung stehen (oben II. 1.) – insofern steckt darin eine Harmonisierung, deren Deckung im Primärrecht zumindest zweifelhaft ist (oben II. 2.) –, aber der Ablauf der Beweiserhebung als solcher richtet sich nach dem lokalen einzelstaatlichen Recht.

Zu dieser unausgewogenen, weil aus einzelnen Fragmenten nationaler Rechtsordnungen zusammengesetzten Rechtslage können durchaus auch noch Ermittlungsergebnisse aus zwischenstaatlicher Zusammenarbeit von nationalen Strafverfolgungsbehörden hinzukommen (oben II. 3. c). Zwischenstaatliche Zusammenarbeit wird innerhalb der EU nach und nach mittels der Europäischen Ermittlungsanordnung und unter Berücksichtigung des Prinzips *forum regit actum* geleistet: Der um Ermittlungen ersuchende Mitgliedstaat (Anordnungsstaat) kann bestimmte Formvorschriften und Verfahren angeben, die von den Behörden des ersuchten Staates (Vollstreckungsstaat) bei der Durchführung der betreffenden Maßnahme grundsätzlich einzuhalten sind (oben II. 3. b). Damit wird die Rechtslage im Vorverfahren noch unübersichtlicher: Die EUStA ermittelt grenzüberschreitend nach dem Recht des jeweiligen Vollstreckungsstaates, die nationalen Staatsanwälte – mitunter im selben oder in einem zusammenhängenden Fall – zunehmend unter Export der eigenen Prozessordnung.

Erst nach Abschluss solcher mitunter aus verschiedenen Systemen zusammengetragenen Ermittlungen soll die EUStA den Mitgliedstaat wählen, vor dessen Gericht sie die Anklage erhebt (Art. 27 Abs. 4 EUStA-VE 2013). Erst damit steht die nationale Verfahrensordnung fest, nach der die Hauptverhandlung geführt wird. Diese Verfahrensordnung wird allerdings durch Art. 30 Abs. 1 EUStA-VE 2013 entscheidend modifiziert: Das erkennende Gericht wendet nicht die dort geregelten Beweisverwertungsregeln und -beschränkungen an, sondern muss grundsätzlich sämtliche Beweise verwerten, die die EUStA vorlegt (oben III. 1.). Einzig zugunsten der Verfahrensfairness ist eine Ausnahme vorgesehen. So kann das erkennende Gericht die Zulassung eines Beweises ablehnen, wenn seine Zulassung sich negativ auf die „Fairness [...] oder die Verteidigungsrechte“ auswirken würde. Fairness und Verteidigungsrechte werden in diesem Zusammenhang auf

Art. 47 und 48 der EUGrCh bezogen und damit mit den durch den EGMR konkretisierten Garantien des Art. 6 EMRK aufgeladen. Das erkennende Gericht kann damit immerhin unabhängig von der Verfahrensordnung, unter dem der vorgelegte Beweis erhoben wurde, beurteilen, ob die Verwertung in dem von ihm geführten Hauptverfahren und nach der für dieses Hauptverfahren geltenden nationalen Verfahrensordnung die Fairness beeinträchtigen würde. Gegebenenfalls kann es die Verwertung verweigern; es kann sich auch auf andere als die vom EGMR als zwingend vorgegebenen Verwertungsverbote berufen. Vorausgesetzt ist freilich, dass die nationale Verfahrensordnung, nach der das Prozessgericht agiert, bei den Beweisverwertungsverböten entsprechend weit geht (oben III. 3. a).

Außer dem Schutz der Fairness werden im Verordnungsentwurf keine Gründe vorgesehen, den von der EUStA vorgelegten Beweisen die Zulassung zu verweigern. Das wird in Kombination mit der fragmentierten Ermittlungsarbeit der EUStA dem Anspruch eines ausgewogenen rechtsstaatlichen Verfahrens nicht gerecht. Wesentliche Institutionen und individuelle Rechte außerhalb der Fairness, die in jeder einzelnen nationalen Rechtsordnung zwar unterschiedlich geregelt, aber so aufeinander abgestimmt sind, dass sie ein insgesamt ausgewogenes Strafverfahren sichern, kann das Gericht nicht schützen, jedenfalls nicht über seine Beweiszulassungsentcheidung: Es kann den Verstoß gegen Richtervorbehalte nicht berücksichtigen, keine Verletzungen von Beteiligungsrechten, keine Verletzung von abgeschirmten Geheimnissen, keine Überschreitungen der Verhältnismäßigkeit u.s.w. – weder die nationale Rechtsordnung, nach der der jeweilige Beweis ermittelt wurde, noch die nationale Rechtsordnung, nach der das Hauptverfahren geführt wird, können als Referenz für ein Verwertungsverbot herangezogen werden.

V. Alternativen

1. Vorschlag supranationaler Beweiserhebungsregeln

Alternativvorschläge sind daher angebracht. Zurzeit wird vor allem ein an eine breit angelegte rechtsvergleichende Studie³⁹ anschließendes Konzept diskutiert, das für die primärrechtlich weitestmögliche Unabhängigkeit einer von der EUStA geführten Strafverfolgung von nationalen Rechtsordnungen plädiert. So manifestiert es sich in 67 detailliert ausgearbeiteten „model rules“⁴⁰, die nicht nur eine supranationale Organisation der EUStA, sondern dieser auch eine eigene supranationale Verfahrensordnung vorgeben sollen:⁴¹ „uniform European rules“ – sie sollen die zukünftige EUStA davor bewahren, bei ihrer Ermittlungsarbeit bloß auf das jeweilige natio-

³⁹ Ligeti (Fn. 21).

⁴⁰ Elektronisch veröffentlicht:

www.eppo-project.eu/index.php/EU-model-rules/english (10.3.2015).

⁴¹ Ligeti, *Toward a Prosecutor for the European Union*, Bd. 2, *Draft Rules of Procedure* (Veröffentlichung für 2015 geplant).

nale Recht verwiesen und damit „prisoner of national laws“⁴² zu werden.

Hier interessiert freilich die vorgeschlagene Verfahrensordnung. Sie reicht chronologisch nur bis zur „Prosecution phase and bringing to judgment“, denn für das anschließende Hauptverfahren müssen ja die nationalen Gerichte zuständig bleiben (Art. 86 Abs. 2 S. 2 AEUV). Zur Verwertung ordnet Rule 19 nur an, dass sämtliche nach den „model rules“ erhobenen Beweise zuzulassen sind: „National courts may not treat as illegally or improperly obtained evidence that has been gathered in accordance with these Rules“ (Rule 19). Auf explizite Verwertungsgrenzen zugunsten der Fairness, sonstiger individueller Rechte, der Verhältnismäßigkeit, von Richtervorbehalten etc. wurde verzichtet. Das ist nachvollziehbar, denn die einzelnen „model rules“ konkretisieren jeden dieser Ansprüche – werden sie eingehalten, ist dieser Standard als Urteilsgrundlage gesichert.

Wie die nationalen Gerichte mit einem Bruch dieser Verfahrensordnung umgehen – ob sie mit einem Beweisverwertungsverbot reagieren oder den betreffenden Beweis trotz des Verfahrensfehlers verwerten –, wird hingegen nicht vorgegeben. Insofern gilt das nationale Beweisverwertungsrecht. Mit anderen Worten: Das nationale Beweisverwertungsrecht wird zugunsten der supranationalen Ermittlungsordnung modifiziert.

Der bestechende Vorteil eines solchen tatsächlich supranationalen Modells ist seine Kohärenz in einem horizontalen Sinn: Jede EUStA-Sache würde nach den gleichen Regeln ablaufen. Sämtliche Betroffene – Verdächtige, aber auch allfällige individuelle Opfer und Drittbetroffene – stehen während der Ermittlungen vor der gleichen Rechtslage, unabhängig davon, wo sie gehandelt haben und innerhalb welcher Rechtsordnung sie niedergelassen sind. Damit wird jedenfalls eine Seite der Gerechtigkeit erfüllt: Es wird die möglichste Gleichbehandlung gleich gelagerter Fälle erreicht.

Der Nachteil des Modells betrifft die Kohärenz des einzelnen Verfahrens, wenn man es bis zum Urteil betrachtet. Das erkennende Gericht ist ein nationales Gericht, das nach der entsprechenden nationalen Rechtsordnung entscheidet. Es würde auch nach dem skizzierten supranationalen Konzept auf der Grundlage eines Ermittlungsverfahrens entscheiden, das letzten Endes nicht auf die Rechtsordnung abgestimmt ist, der die Regeln des Hauptverfahrens entnommen werden. So ausgewogen die erarbeiteten „model rules“ auch sind – immerhin versuchen sie zu spiegeln, was in den einzelnen Mitgliedstaaten als rechtsstaatlich unverzichtbar gewertet wird –, sie begründen ein eigenes Verfahrensmodell, das mit einem Teil eines anderen, eines nationalen Verfahrensmodells zusammengeklebt wird.

2. Plädoyer für einen lex-fo-ri-Ansatz mit rechtzeitiger Forumswahl

Ein durch und durch kohärentes Strafverfahren ließe sich nur erreichen, wenn nach ein und derselben Rechtsordnung ermittelt, das Hauptverfahren durchgeführt und das Urteil ge-

fällt wird. Da das Hauptverfahren zwingend einer nationalen Rechtsordnung folgt, müsste von dieser ausgegangen werden: von der Rechtsordnung jenes Mitgliedstaates, in dem die EUStA die Anklage erhebt. Er ist, in den Begriffen der Rechtshilfe ausgedrückt, der Forumstaat, und daher sollte sein Verfahrenskonzept den Standard auch bei den im Ausland durchgeführten Ermittlungen setzen.

Dieses Prinzip – forum regit actum – wird aus gutem Grund in der modernen zwischenstaatlichen justiziellen Zusammenarbeit nach und etabliert. Es prägt insbesondere die Europäische Ermittlungsanordnung und damit das Instrument der EU-Beweisrechthilfe der Zukunft (siehe oben II. 3. b): Der Staat, der die Ermittlungsanordnung erlässt, gibt nach Art. 9 Abs. 2 EEA die „Formvorschriften und Verfahren“ vor, die der Vollstreckungsstaat bei Durchführung der Maßnahme grundsätzlich einzuhalten hat. Wird diese Regel erfüllt und wird auch das Hauptverfahren dort geführt, kann das erkennende Gericht auch Auslandsbeweise friktionslos verwerten.

Der lex-fo-ri-Ansatz der EEA ist durch seine Begrenzung zugunsten individueller Rechte legitimiert; auch das wurde oben (II. 3. b) ausgeführt. Damit ließe sich dieses System – eine aufgrund übergeordneter Garantien modifizierte Fremdrechtsanwendung – auf die supranationalen Ermittlungen der EUStA übertragen. Neben der skizzierten inhaltlichen Werte hat sich auch schon seine politische Erreichbarkeit gezeigt; ob eine supranationale Verfahrensordnung der oben beschriebenen Qualität (1.) internationalpolitisch durchsetzbar ist, ist hingegen völlig ungewiss. Zudem wäre es im Hinblick auf Einheitlichkeit und Übersichtlichkeit der in grenzüberschreitenden Fällen anwendbaren Rechtsquellen vorteilhaft, ein und dasselbe Konzept – jenes, das sich bereits mit der Europäischen Ermittlungsanordnung einspielen wird – vorzusehen.

So verlockend konsequent eine solche Übertragung der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit auf die grenzüberschreitenden supranationalen Ermittlungen der EUStA wäre, so evident ist die damit verbundene Kernfrage: Welcher ist denn der Forumsstaat, der, weil er über die Anklage zu entscheiden hat, die Beweiserhebungsregeln vorgeben soll? Die EUStA soll – so sieht es die vorgeschlagene Verordnung vor (Art. 27 Abs. 4 EUStA-VE 2013) – erst nach Abschluss des Ermittlungsverfahrens die Wahl des zuständigen Gerichts und damit die Forumswahl treffen. Das Prinzip der lex fori macht jedoch nur Sinn, wenn es bereits ein Forum im eigentlichen Sinn eines erkennenden Gerichts und damit eine Forumsrechtsordnung – die lex fori – gibt.⁴³ Die Jurisdiktionsentscheidung ist daher zeitlich vorzulegen: Je früher sie fällt, desto höher ist die erreichbare Kohärenz des Verfahrens.

Die internationale Zuständigkeit ist in grenzüberschreitenden Fällen allerdings ein bekanntes, schwieriges und bislang ungelöstes Problem.⁴⁴ Es tritt bei der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit in Form von überlappenden nationalen

⁴² Ligeti/Simonato, New Journal of European Criminal Law 2013, 7 (19).

⁴³ Gless, ZStW 125 (2013), 573 (595).

⁴⁴ Siehe dazu unter vielen Sinn, ZIS 2013, 1; Gless, ZStW 125 (2013), 573 (595); Eisele, ZStW 125 (2013), 1.

Strafanwendungsregeln und damit verbundenen Parallelverfahren zum gleichen Sachverhalt auf. Bislang gibt es weder klare, von nationalrechtlichen Zuständigkeitsvorgaben gelöste internationale Regeln, noch ein ernstzunehmendes Verfahren zur Beilegung von Zuständigkeitskonflikten. Auch der darauf zugeschnittene Rahmenbeschluss⁴⁵ „hat die Chance verpasst, einen Lösungsmechanismus vorzuschlagen“⁴⁶.

Durchdachte Vorschläge dazu gibt es.⁴⁷ Sie hier aufzurollen, würde den durch das gestellte Thema gegebenen Rahmen allerdings sprengen. Überzeugend sind die Modelle, die, wenn auch unter Modifikationen, an die Tathandlung anknüpfen: Mit der Rechtsordnung des Ortes, an dem er sich bei seiner Tat befindet, muss der Täter rechnen; sie zu kennen und sich nach ihr zu richten, kann von ihm jedenfalls verlangt werden.⁴⁸ Welches Konzept aber auch immer gefunden wird – den durch die EUSa geführten Ermittlungen muss eine Zuständigkeitsentscheidung vorausgehen. Sie benennt einen Europäischen Staatsanwalt bzw. einen Delegierten Europäischen Staatsanwalt und damit einen bestimmten Mitgliedsstaat. Nach dessen Rechtsordnung soll nicht nur grenzüberschreitend ermittelt, sondern auch die Anklage erhoben, das Hauptverfahren geführt und das Urteil gefällt werden. Auf diese Weise hätten Verfahren unter der EUSa die Chance, bis zum Ende kohärent geführt zu werden. Zudem würde auf diese Weise das supranationale Ermittlungsverfahren besser mit dem Konzept der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit harmonisieren – auch die damit erreichte Übersichtlichkeit mag zum Funktionieren der neuen Behörde beitragen.

⁴⁵ Rahmenbeschluss 2009/948/JI des Rates v. 30.11.2009 zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren, ABI EG 2009 Nr. L328/42.

⁴⁶ *Sinn*, ZIS 2013, 1.

⁴⁷ Siehe vor allem *Zimmermann*, Strafgewaltkonflikte in der Europäischen Union, 2015.

⁴⁸ Etwa vorgeschlagen von *Fuchs*, in: Schünemann (Fn. 18), Art. 112 ff., detailliert begründet aber insbesondere von *Zimmermann* (Fn. 47), passim.