



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 11/2016 Mai 2016

Zum Gesetzentwurf zur Umsetzung der Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (Schreiben BMJV v. 15.01.2016 und Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen v. 15.01.2016)

Mitglieder des Strafrechtsausschusses

RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Vorsitzender

RA Prof. Dr. Jan Bockemühl

RA Prof. Dr. Alfred Dierlamm

RA Thomas C. Knierim

RA Dr. Daniel M. Krause

RA Prof. Dr. Holger Matt (Berichterstatter)

RAin Anke Müller-Jacobsen

RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus

RA Prof. Dr. Tido Park

RA Dr. Jens Schmidt

RAin Dr. Annette von Stetten

RAin Dr. Anne Wehnert (Berichterstatterin)

Generalstaatsanwalt Achim Brauneisen (Berichterstatter)

Dr. Dominik Brodowski, LL.M. (UPenn) (Berichterstatter)

RA Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer

Verteiler: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsanwaltskammern
Bundesverband der Freien Berufe
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Deutscher Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9 Tel. +49.30.28 49 39 - 0
10179 Berlin Fax +49.30.28 49 39 -11
Deutschland Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9 Tel. +32.2.743 86 46
1040 Brüssel Fax +32.2.743 86 56
Belgien Mail brak.bxl@brak.eu

Institut der Wirtschaftsprüfer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Deutscher Juristinnenbund
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung
Redaktionen der NJW, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag,
Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Neue Zeitschrift für
Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht, wistra - Zeitschrift für Wirtschafts- und
Steuerstrafrecht, KriPoZ Kriminalpolitische Zeitung

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 164.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Stellungnahme

Die Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung (RL EEA)¹ transformiert die sogenannte „sonstige“ Rechtshilfe innerhalb² der Europäischen Union: Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung strafjustizieller Entscheidungen soll zukünftig auch im Bereich der transnationalen Beweiserhebung umfassend Geltung erlangen. Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen dient der Umsetzung dieser unionsrechtlichen Vorgaben.

Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt das mit dem Referentenentwurf verfolgte Ziel einer fristgerechten, an deutschen und europäischen Grundrechten orientierten „1:1-Umsetzung“ der RL EEA. Der Referentenentwurf bleibt jedoch hinter diesem selbstgesteckten Ziel zurück. Daher empfiehlt die Bundesrechtsanwaltskammer einige Änderungen, um den unionsrechtlich bestehenden Umsetzungsspielraum optimal zu nutzen.

I.

In ihren Stellungnahmen zum europäischen Legislativverfahren, deren Ergebnis die RL EEA ist,³ hatte die Bundesrechtsanwaltskammer auf die Notwendigkeit verwiesen, vor einer Erleichterung der transnationalen Beweiserhebung zunächst das **gegenseitige Vertrauen** durch **strafverfahrensrechtliche Mindestregelungen** zu stärken und die Diversität **der strafprozessualen Eingriffsbefugnisse** sowie deren höchst unterschiedliche grundrechtliche Relevanz zu berücksichtigen. Schließlich benannte die BRAK **neun Eckpunkte** für eine rechtsstaatliche, ausgewogene Regelung einer Europäischen Ermittlungsanordnung (EEA):

1 Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, ABLEU Nr. L 130 v. 01.05.2014, S. 1.

2 Zu den Ausnahmen (Dänemark, Irland und das Vereinigte Königreich) siehe noch unter II.

3 BRAK-Stellungnahme Nr. 2/2010 zum Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften „Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat“ Brüssel, 11.11.2009 – KOM (2009) 624 endgültig; BRAK-Stellungnahme Nr. 10/2011 zur Initiative für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (Ratsdokument 9145/10 – v. 29.4.2010).

1. Jede EEA muss auf einer nationalen, **gerichtlich angeordneten** Beweisanordnung beruhen.
2. Das **Prinzip der beiderseitigen Legalität der Beweiserhebung** ist zu wahren
3. Dem **Prinzip der Meistbegünstigung bei Immunitäten und Privilegien** ist Rechnung zu tragen.
4. Die **Beschuldigtenrechte und die regelmäßig betroffenen Rechte (unbeteiligter) Dritter sind auch im Vollstreckungsmitgliedstaat zu wahren.**
5. Ein **Ablehnungsgrund eines europäischen ordre public** ist vorzusehen, insbesondere bei mangelndem Tatverdacht, bei Verstoß gegen die Verhältnismäßigkeit und bei Missbrauch der EEA.
6. Das **Prinzip der Waffengleichheit** ist zu wahren.
7. Ein **Rechtsbehelf gegen die EEA im Vollstreckungsstaat** (mindestens) mit Prüfung der beiderseitigen Legalität und der Meistbegünstigung ist vorzusehen.
8. Die **Legalität, Fairness und Integrität** ist **vor einem jeden Beweismitteltransfer von einem Richter zu prüfen.**
9. Grundsätzlich soll ein **Verwertungsverbot bei rechtswidrig erlangten oder transferierten Beweisen** bestehen, es sei denn, die Fairness der Beweiserhebung, die Fairness des Verfahrens und die Integrität des Beweises wurden durch den Rechtsverstoß nicht beeinträchtigt.

Anhand dieses Maßstabs zeigt sich, dass einige Regelungen des Referentenentwurfs zu begrüßen sind, aber auch, dass teilweise Umsetzungsspielraum nicht in ausreichendem Maß genutzt wurde. Im Einzelnen:

II.

Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt die bereits vorgenommenen, bedeutenden Schritte hin zu einer **unionsrechtlichen Verankerung eines Mindestmaßes an Verfahrensrechten**, namentlich in den Richtlinien zu Dolmetschleistungen und Übersetzungen,⁴ zum Recht auf Belehrung und Unterrichtung,⁵ zum Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand⁶ sowie zum Recht auf Anwesenheit

4 Richtlinie 2010/64/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Oktober 2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren, ABIEU Nr. L 280 v. 26.10.2010, S. 1.

5 Richtlinie 2012/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren, ABIEU Nr. L 142 v. 01.06.2012, S. 1.

6 Richtlinie 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs, ABIEU Nr. L 294 v. 06.11.2013, S. 1.

und zur Unschuldsvermutung.⁷ Indes stellen diese und die noch im Legislativverfahren befindlichen Richtlinien⁸ nur erste Bausteine zur **Stärkung eines gegenseitigen Vertrauens** dar, die durch weitere, auch für das Ermittlungsverfahren höchst relevante Legislativmaßnahmen auf europäischer Ebene zu ergänzen sind. Auch ist zu beanstanden, dass die Richtlinie zum Recht auf Anwesenheit und zur Unschuldsvermutung erst später – namentlich zum 01.04.2018 – umzusetzen ist als die RL EEA.

Zu einer unzuträglichen Situation führen zudem **Divergenzen zwischen dem Geltungsbereich** derjenigen Richtlinien einerseits, mit denen ein Mindestmaß an Verfahrensrechten garantiert werden soll, und der RL EEA andererseits. Das **Vereinigte Königreich** hat sich ausbedungen, nicht durch die Richtlinien zum Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand sowie zum Recht auf Anwesenheit und zur Unschuldsvermutung an einen europäischen Mindeststandard gebunden zu sein.⁹ Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, auf den sich die RL EEA stützt, „beruht seinerseits“, so der EuGH in ständiger Rechtsprechung, „auf dem gegenseitigen Vertrauen der Mitgliedstaaten darauf, dass ihre jeweiligen nationalen Rechtsordnungen in der Lage sind, einen gleichwertigen und wirksamen Schutz der auf Unionsebene und insbesondere in der Charta anerkannten Grundrechte zu bieten“.¹⁰ Das **gegenseitige Vertrauen** und damit auch der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung **ist jedoch dann massiv gestört**, wenn ein Mitgliedstaat – wie hier das Vereinigte Königreich – zu erkennen gibt, **nicht am europäischen Mindeststandard an Verfahrensrechten teilnehmen** zu wollen. Damit entfällt auch die unionsverfassungsrechtliche Grundlage, gegenüber dem Vereinigten Königreich an den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gebunden und insoweit zur Umsetzung der RL EEA verpflichtet zu sein. Gleiches gilt auch gegenüber Dänemark und Irland, die an der RL EEA nicht teilnehmen.

Änderungsbedarf:

- a) In § 91a IRG-E ist klarzustellen, dass wegen der Störung des gegenseitigen Vertrauens infolge Nichtteilnahme an der Umsetzung der Richtlinien, die dem Beschuldigten ein Mindestmaß an Verfahrensrechten garantieren, die klassischen rechtshilferechtlichen Vorschriften des IRG – und nicht die Sonderregelungen in § 91a ff. IRG-E – auf **Ersuchen Dänemarks, Irlands** und insbesondere auch des **Vereinigten Königreichs** anzuwenden sind.¹¹
- b) **Sonderregelungen für die örtliche Zuständigkeit** für Ersuchen um Überwachung des Telekommunikationsverkehrs ohne technische Hilfe (§ 92d Abs. 1 IRG-E) sind für diejenigen Mitgliedstaaten der EU (Irland, Vereinigtes Königreich, Dänemark) entbehrlich,

7 Richtlinie (EU) 2016/343 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren, ABLEU Nr. L 65 v. 11.03.2016, S. 1.

8 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder, die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind (COM(2013) 822 final v. 27.11.2013; Ratsdok. 7607/16) sowie Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Prozesskostenhilfe für Verdächtige oder Beschuldigte, denen die Freiheit entzogen ist, sowie über Prozesskostenhilfe in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls (COM(2013) 824 final v. 27.11.2013; Ratsdok. 6603/15).

9 Siehe Erwägungsgrund 58 RL 2013/48/EU; Erwägungsgrund 50 RL (EU) 2016/343.

10 So zuletzt EuGH, Urt. v. 5.4.2016 – verbundene Rs. C-404/15 und C-669/15 PPU (Pál Aranyosi und Robert Căldăraru), Rdn. 77 m.w.N.

11 Betreffend Dänemark und Irland ergibt sich dies zwar bereits aus § 91a Abs. 4 Nr. 2 IRG-E. Es sollte sich jedoch auch bei diesen Ländern ausdrücklich im Gesetzestext widerspiegeln, damit – bei einer nachträglichen Teilnahme an der RL EEA – zunächst überprüft wird, ob diese Staaten auch den europäischen Mindeststandards bei Verfahrensrechten einhalten.

auf welche die RL EEA **keine Anwendung** findet. § 92d Abs. 1 Nr. 5, Nr. 9 und Nr. 15 IRG-E sind daher zu **streichen**.

III.

Zu den neun Eckpunkten:

1.

Die Forderung, dass jede EEA auf einer **gerichtlich angeordneten** nationalen Beweisanordnung beruhen muss, wurde nur teilweise in der RL EEA implementiert: Auch eine **staatsanwaltschaftlich angeordnete** bzw. **staatsanwaltschaftlich validierte** Beweisanordnung soll ausreichen (Art. 2 lit. c RL EEA; § 91d Abs. 1 IRG-E).

Änderungsbedarf:

Jedenfalls dann, wenn das deutsche Recht bei einem **vergleichbaren innerstaatlichen Fall einen Richtervorbehalt** vorsieht, sollte dieser auch dann eingehalten werden, wenn eine EEA erlassen wird. Daher ist es nicht nachvollziehbar, dass bei ausgehenden Ersuchen, die in Ordnungswidrigkeitenverfahren von einer Verwaltungsbehörde gestellt werden, § 91j Abs. 4 IRG-E zufolge eine Validierung durch die Staatsanwaltschaft selbst dann ausreichen soll, wenn bei einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall ein Richtervorbehalt einzuhalten wäre. **§ 91j Abs. 4 IRG-E** ist deshalb, um klare Zuständigkeiten zu schaffen und um Richtervorbehalte des nationalen Rechts auch in transnationalen Sachverhalten zu wahren, **in einen zwingenden Richtervorbehalt umzugestalten**. Das ist auch unionsrechtlich zulässig (vgl. Art. 2 lit. c sublit. ii RL EEA).

2.

Ein Vollstreckungsmitgliedstaat sollte eine EEA nur dann vollstrecken, wenn und soweit nach seinem Recht eine vergleichbare Beweisanordnung ergehen dürfte. Ein solches **Prinzip der beiderseitigen Legalität** ist in der RL EEA und – dem folgend – im Referentenentwurf nur teilweise vorgesehen, wobei drei Kategorien an Ermittlungsmaßnahmen zu differenzieren sind:

- Das Prinzip der beiderseitigen Legalität entfällt weitgehend bei Maßnahmen der sogenannten „Positivliste“ des Art. 10 Abs. 2 RL EEA, auf die in § 91f Abs. 3 IRG-E Bezug genommen wird. Bei diesen Maßnahmen ist insbesondere nicht zu prüfen, ob die ersuchte Ermittlungsmaßnahme im deutschen Recht vorgesehen und auch in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall zur Verfügung stünde.
- Im Regelfall ist zu prüfen, ob die ersuchte Ermittlungsmaßnahme nach nationalem Recht „in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall“ zur Verfügung steht (vgl. § 91f Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 IRG-E). Maßstab hierfür ist jedoch keine detaillierte, hypothetische Prüfung, sondern nur die Prüfung kategorialer „Anlässe“ wie „Straftaten eines gewissen Schweregrades“ oder „bestimmte Verdachtsmomente“ (Erwägungsgrund 10 RL EEA; siehe auch § 91b Abs. 1 Nr. 1

lit. a IRG-E), also ob „spezifische materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen“¹² gegeben sind.

- Eine detaillierte, hypothetische Prüfung – die dem Prinzip der beiderseitigen Legalität entspricht – ist nur bei denjenigen Ermittlungsmaßnahmen vorzunehmen, die in § 91c Abs. 2 IRG-E genannt sind.

Änderungsbedarf:

- a) Die „Positivliste“ an Ermittlungsmaßnahmen, die in § 91f Abs. 3 IRG-E in Bezug genommen wird und bei denen eine Prüfung der beiderseitigen Legalität weitgehend entfällt, enthält auch einen **Rückverweis auf „nicht invasive Ermittlungsmaßnahmen nach Maßgabe des Rechts des Vollstreckungsstaats“** (Art. 10 Abs. 2 lit. d RL EEA). Die Auffassung der Begründung des Referentenentwurfs, die „Aufnahme von Lichtbildern und von Fingerabdrücken gemäß § 81b StPO“ sei „nicht invasiv“– greife also nicht in die Grundrechte des Betroffenen und insbesondere nicht in dessen „Grundrecht auf Privatsphäre“ (vgl. Erwägungsgrund 16 RL EEA) ein – ist abzulehnen. Da das deutsche Recht keine Definition „nicht invasiver Ermittlungsmaßnahmen“ kennt, wäre ohnehin eine normenklare und -bestimmte in Bezugnahme derjenigen Ermittlungsmaßnahmen erforderlich, die als „nicht invasive Ermittlungsmaßnahmen nach Maßgabe des Rechts des Vollstreckungsstaats“ gelten sollen und bei denen eine Prüfung der beiderseitigen Legalität entfallen kann. Insbesondere eignet sich hierfür auch nicht die so genannte Ermittlungsgeneralklausel des § 161 Abs. 1 StPO, die höchst unterschiedliche Maßnahmen gestattet und auch Eingriffe in solche Grundrechte legitimiert, die in Erwägungsgrund 16 RL EEA genannt sind. Um dem Prinzip der beiderseitigen Legalität in unionsrechtskonformer Weise weitest mögliche Geltung zu verschaffen, sollte **§ 91f Abs. 3 IRG-E** dahingehend **modifiziert** werden, dass **lediglich Art. 10 Abs. 2 lit. a, lit. b, lit. c, lit. e RL EEA in Bezug genommen** werden. Von der Möglichkeit, weitere Ermittlungsmaßnahmen als „nicht invasiv“ zu bezeichnen, sollte somit kein Gebrauch gemacht werden.
- b) Die in § 91c Abs. 2 Nr. 2 lit. c sublit. aa IRG-E angesprochene **Echtzeitüberwachung einzelner Kontenbewegungen** ist eine **in Deutschland unzulässige Maßnahme**. Im Hinblick auf § 91f Abs. 2 Nr. 1 IRG-E handelt es sich um eine überflüssige Regelung, da in diesem Fall ohnehin auf andere Ermittlungsmaßnahmen ausgewichen werden muss. **§ 91c Abs. 2 Nr. 2 lit. c sublit. aa IRG-E ist daher zu streichen**. Das ist auch unionsrechtskonform, da aus Art. 28 Abs. 1 lit. a RL EEA keine Verpflichtung folgt, eine solche Ermittlungsmaßnahme im nationalen Strafverfahrensrecht vorzusehen.
- c) In der **Intensität der grundrechtlichen Betroffenheit** reicht eine **akustische Wohnraumüberwachung** weit über eine Telekommunikationsüberwachung hinaus; eine **akustische Überwachung außerhalb von Wohnraum** ist in der grundrechtlichen Intensität vergleichbar. Zwar handelt es sich bei dem Katalog des § 91c Abs. 2 Nr. 2 lit. c IRG-E nur um Regelbeispiele. Aus **Klarstellungsgründen** sollte dort jedoch ein **ausdrücklicher Verweis auf Maßnahmen nach §§ 100c ff., 100f StPO** erfolgen. Die Unionsrechtskonformität dieser Verweise folgt aus Art. 28, 30 f. RL EEA.
- d) Das nach § 91f Abs. 2 Nr. 1 IRG-E vorgegebene Kriterium, ob die ersuchte Ermittlungsmaßnahme **„im deutschen Recht nicht vorgesehen ist“**, führt jeweils dann zu praktischen Schwierigkeiten, wenn diese Ermittlungsmaßnahme – wie **etwa eine Online-**

12 Zimmermann ZStW 127 (2015), 143 (167).

Durchsuchung informationstechnischer Systeme – zwar **nicht im Strafverfahrensrecht, aber im Polizeirecht** (des Bundes oder der Länder) als Ermittlungsmaßnahme vorgesehen ist.¹³ Jedenfalls **aus Klarstellungsgründen** sollte daher **§ 91f Abs. 2 Nr. 1 IRG-E** dahingehend modifiziert werden, dass **Maßstab das „deutsche Strafverfahrensrecht“** ist.

3.

Alle im Recht des Anordnungsmitgliedstaats und des Vollstreckungsmitgliedstaats anerkannten Beweiserhebungsverbote aufgrund von Immunitäten und Privilegien müssen beachtet werden (**Prinzip der Meistbegünstigung bei Immunitäten und Privilegien**). Dieses Prinzip ist in Art. 11 Abs. 1 lit. a RL EEA, § 91b Abs. 1 Nr. 1 lit. b IRG-E verwirklicht, bei § 91c Abs. 2 IRG-E über 59 Abs. 3 IRG.

Änderungsbedarf: keiner.

4.

Die **Wahrung der Beschuldigtenrechte und der regelmäßig betroffenen Rechte (unbeteiligter Dritter auch im Vollstreckungsmitgliedstaat)** ist in der RL EEA nur teilweise gewährleistet; den bestehenden Umsetzungsspielraum nutzt der Referentenentwurf nur unzureichend. Insbesondere sind die Ablehnungsgründe des *ne bis in idem* (§ 91e Abs. 1 Nr. 2 IRG-E), des Vorrangs inländischen Rechts bei Inlandssachverhalten (§ 91e Abs. 1 Nr. 3 IRG-E) und der fehlenden Zustimmung der inhaftierten Person zu einer vorübergehenden Überstellung (§ 91e Abs. 1 Nr. 4 IRG-E) nur als fakultative Ablehnungsgründe ausgestaltet. Hingegen gestattet die RL EEA in diesen Fällen die Ablehnung der Vollstreckung, es sei denn, die EEA bewegt sich in einer eng begrenzten Ausnahme und dient beispielsweise lediglich der Klärung, ob eine *ne bis in idem*-Situation vorliegt (vgl. Erwägungsgrund 17 RL EEA).

Änderungsbedarf:

In **§ 91e Abs. 1 IRG-E** sollte ein **gebundenes Ermessen** („*Die Bewilligung der Rechtshilfe soll abgelehnt werden, ...*“) dahingehend **vorgesehen** werden, dass die Vollstreckung grundsätzlich bei Vorliegen der dort genannten Gründe abzulehnen ist, es sei denn, die Vollstreckung bewegt sich in den unionsrechtlich determinierten, eng begrenzten Ausnahmen.

5.

Die Vollstreckung einer EEA ist abzulehnen, wenn bei ihrem Erlass allgemeine europäische Rechtsgrundsätze (**europäischer ordre public**) wie das Erfordernis eines ausreichenden Tatverdachts oder das Verhältnismäßigkeitsprinzip verletzt worden sind; gleiches gilt, wenn die Anordnung missbräuchlich erlassen worden ist. Ein dieser Forderung entsprechender, ausdrücklich normierter Ablehnungsgrund findet sich in Art. 11 Abs. 1 lit. f RL EEA, § 91b Abs. 2 IRG-E. Dieser Ablehnungsgrund ermöglicht es dem Vollstreckungsstaat insbesondere, die Verhältnismäßigkeit der

13 Vgl. *Brodowski* Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen, 2016, S. 449 ff.

Vollstreckung einer Maßnahme auch im Lichte des hierfür ausreichenden Tatverdachts zu gewährleisten.

Änderungsbedarf:

- a) Die **(vermeintliche) Modifikation des Maßstabs des § 73 Satz 2 IRG in § 91b Abs. 2 IRG-E** führt zu einer **unnötigen und störenden systematischen Spannung**. Das BVerfG hat kürzlich klargestellt, dass es auch bei § 73 Satz 2 IRG erforderlich ist, bei berechtigten Gründen für die Annahme eines Verstoßes gegen den *europäischen ordre public* die Rechtshilfeleistung solange zu unterlassen, bis sich die Zweifel ausräumen lassen.¹⁴ Daher entspricht § 73 Satz 2 IRG bereits demjenigen Maßstab, den der Referentenentwurf in § 91b Abs. 2 IRG-E vorsieht. Die Einführung eines solchen § 91b Abs. 2 IRG-E könnte vor diesem Hintergrund zu dem Trugschluss verleiten, bei § 73 Satz 2 IRG sei ein *strengerer* Maßstab anzuwenden. Um dem Rechtsanwender zur Verdeutlichung dennoch sämtliche Ablehnungsgründe im Rahmen der Vorschriften zur EEA (nochmals) vor Augen zu führen, sollte **§ 91b Abs. 2 IRG-E wie folgt gefasst** werden: „**§ 73 Satz 2 findet Anwendung.**“
- b) Um die **Bedeutung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union** für die Bestimmung und Gewährleistung des *europäischen ordre public* hervorzuheben, sollte **§ 73 Satz 2 IRG (deklaratorisch) um eine In Bezugnahme dieser Charta ergänzt** werden („... wenn die Erledigung zu den in Artikel 6 des Vertrages über die Europäische Union *und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union* enthaltenen Grundsätzen im Widerspruch stünde“).

6.

Der Beschuldigte und sein Verteidiger müssen in gleicher Weise wie die Verfolgungsbehörde den Erlass von Europäischen Beweisanordnungen beantragen können (**Prinzip der Waffengleichheit**). Art. 1 Abs. 3 RL EEA verweist diesbezüglich allein auf Antragsmöglichkeiten „im Einklang mit dem nationalen Strafverfahrensrecht“. Der Referentenentwurf verpasst die Chance, die durch die RL EEA verbesserten Möglichkeiten einer transnationalen Beweisaufnahme auch dem Beschuldigten zu eröffnen.

Änderungsbedarf:

- a) Die Möglichkeiten für eine **transnationale Videovernehmung von Auslandszeugen** sind zu **stärken**.
- b) Infolge der Erleichterungen, welche die RL EEA für die **Vernehmung von Auslandszeugen** bietet, entfällt die Rechtfertigung für die erweiterten Möglichkeiten, einen Beweisantrag auf Vernehmung eines Zeugen abzulehnen, dessen Ladung im Ausland zu bewirken wäre (§ 244 Abs. 5 Satz 2 StPO). Daher ist der **Ablehnungsgrund des § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO auf das außereuropäische Ausland zu beschränken**.

14 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rz. 68 ff., insb. Rz. 74 f.

- c) Die Bundesrechtsanwaltskammer erinnert an ihr unverändertes Anliegen, die Partizipation des Beschuldigten und seines Verteidigers bereits im Ermittlungs- und Zwischenverfahren zu stärken.¹⁵

7.

Im Vollstreckungsmitgliedstaat muss ein **effektiver Rechtsbehelf gegen die Vollstreckung einer EEA** gegeben sein. In dem Rechtsbehelfsverfahren müssen mindestens die beiderseitige Legalität der Beweiserhebung und die Beachtung des Prinzips der Meistbegünstigung bei Immunitäten und Privilegien überprüft werden. Durch § 91h Abs. 1 IRG-E ist sichergestellt, dass ein im deutschen Recht vorgesehener Richtervorbehalt nicht umgangen werden kann. Im Übrigen ist jedoch kein spezifischer Richtervorbehalt vor der Vollstreckung einer EEA vorgesehen. Es verbleibt bei den vielgestaltigen, unübersichtlichen Rechtsbehelfen des innerstaatlichen Rechts. Zudem sieht § 91i Abs. 2 IRG-E zwar eine Pflicht zu einer Rechtsbehelfsbelehrung vor, die jedoch akzessorisch zu einer „Bekanntmachung einer Entscheidung“, zur „Anordnung einer Maßnahme“ oder zur „nachträglichen Benachrichtigung von einer Maßnahme“ ausgestaltet ist.

Änderungsbedarf:

- a) Die Erledigung von Rechtshilfeersuchen, die dem Betroffenen nicht direkt bekannt gemacht werden und für die keine besondere nachträgliche Unterrichtungspflicht besteht (z.B. Auskünfte aus behördlichen Registern, Einholung von Bankauskünften), muss bislang nicht mitgeteilt werden. Um eine effektive (nachträgliche) Rechtskontrolle zu ermöglichen, sollte **gesetzlich klargestellt** werden, **bei welchen Ermittlungsmaßnahmen eine Rechtsbehelfsbelehrung notwendig** ist und wann diese – etwa im Hinblick auf eine noch notwendige Vertraulichkeit der Ermittlungen (Art. 19 RL EEA) – aufgeschoben werden kann.
- b) **Gegenstand einer jeden Rechtsbehelfsbelehrung** sollte im Lichte des Erwägungsgrunds 22 RL EEA, Art. 14 Abs. 2 RL EEA ebenfalls sein, den Betroffenen **über die Rechtsbehelfe im Anordnungsstaat zu unterrichten**. In **§ 91i Abs. 2 IRG-E** sollte daher ausdrücklich auf **„Rechtsbehelfe, auch im ersuchenden Mitgliedstaat,“ verwiesen** werden.
- c) Zur Stärkung der Rechtsstaatlichkeit ist es zu begrüßen, dass der Begründung des Referentenentwurfs zufolge auch **eine jede positive Bewilligungsentscheidung zu begründen** ist (S. 76) und daher die Bewilligung nicht durch bloße Vornahme der ersuchten Maßnahme erfolgen kann. Diese Maßgabe einer **Begründungspflicht spiegelt sich indes im Gesetzestext bislang nicht wider; § 91f Abs. 4 IRG-E ist dahingehend zu erweitern**.

15 Siehe zuletzt die Stellungnahme des Strafrechtsausschusses vom November 2015 zu den Empfehlungen der vom BMJV gebildeten Expertenkommission zur „effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und jugendgerichtlichen Verfahrens“.

8.

Bevor der Beweis an den Ausstellungsmitgliedstaat übermittelt wird, sollte seine **Legalität, Fairness und Integrität** durch einen unabhängigen **Richter des Vollstreckungsmitgliedstaats von Amts wegen überprüft** werden. Dem Referentenentwurf zufolge erfolgt eine solche Prüfung in Deutschland als Vollstreckungsstaat jedoch nicht von Amts wegen. Zudem sieht § 91i Abs. 3 Nr. 2 IRG-E eine **bloße „kann“-Vorschrift für einen Aufschub der Übermittlung des Beweismittels** vor. Diese bleibt weit hinter dem Maßstab des Art. 13 Abs. 2 RL EEA zurück, dem zufolge die „Übermittlung des Beweismittels ... so lange ausgesetzt werden [kann], bis über einen Rechtsbehelf entschieden wurde, es sei denn, in der EEA werden ausreichende Gründe dafür angegeben, dass eine sofortige Übermittlung für die ordnungsgemäße Durchführung ihrer Ermittlungen oder die Wahrung von individuellen Rechten unerlässlich ist. Allerdings wird die Übermittlung des Beweismittels ausgesetzt, wenn sie der betroffenen Person einen schweren und irreparablen Schaden zufügen würde.“

Änderungsbedarf:

§ 91i Abs. 3 Nr. 2 IRG-E ist dahingehend **zu modifizieren**, dass **Art. 13 Abs. 2 RL EEA „eins zu eins“ umgesetzt** wird und **zusätzlich das Gebot des Art. 14 Abs. 4 RL EEA geachtet** wird, demzufolge eine wirksame Ausübung von Rechtsbehelfen zu gewährleisten ist. Daher **„ist“ die Übermittlung eines Beweismittels so lange auszusetzen, „bis über einen in angemessener Frist einzulegenden Rechtsbehelf entschieden worden ist“**. Abweichungen hiervon sind allein auf Grundlage des Art. 13 Abs. 2 RL EEA – bei Beachtung der Gegen Ausnahme in dessen Satz 2 – zu gestatten.

9.

Grundsätzlich sollten im Anordnungsstaat nur **Beweise verwertet** werden dürfen, **deren Erhebung und Transfer** nach den oben genannten Maßstäben **rechtmäßig** waren; Ausnahmen sollten nur zulässig sein, wenn die Fairness sowohl und insbesondere der einzelnen Beweiserhebung als auch des gesamten Verfahrens sowie die Integrität des Beweises durch den Rechtsverstoß nicht beeinträchtigt werden. Ein derart umfassendes **Verwertungsverbot bei rechtswidrig erlangten oder transferierten Beweisen** ist jedoch nicht vorgesehen. Art. 14 Abs. 7 Satz 2 RL EEA verweist lediglich in allgemeinen Worten auf die Wahrung der Verteidigungsrechte und des fairen Verfahrens. Die deutsche Rechtslage entspricht im Ausgangspunkt diesem Erfordernis des RL EEA. Es ist indes eine andere und hier nicht zu vertiefende Frage, ob sich der deutsche Gesetzgeber einer umfassenden Regulierung von Beweisverwertungsverböten annehmen sollte.¹⁶

Änderungsbedarf: keiner.

¹⁶ Siehe hierzu die Stellungnahme des Strafrechtsausschusses vom November 2015 zu den Empfehlungen der vom BMJV gebildeten Expertenkommission zur „effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und jugendgerichtlichen Verfahrens“, S. 16.

IV.

Die vorgesehene **Regelung ist insgesamt komplex und unübersichtlich**. Wegen der Paragraphennummerierungen mit Buchstaben sowie zahlreichen Bezugnahmen, Verweisungen und Rückverweisungen, Ausnahmen und Gegenausnahmen wird Anwendern, die nicht täglich mit Rechtshilfeporgängen befasst sind, ein schneller Zugang erschwert. Bedingt ist dies in erster Linie durch die Richtlinie selbst, die in der Umsetzung nicht abänderbar ist, sowie durch die Integrierung des ausdifferenzierten, speziellen europäischen Rechtshilferechts in das tradierte System des IRG.

Es ist daher **an der Zeit, eine umfassende Überarbeitung des IRG anzustreben**, die auf einem verständlichen, grund- und menschenrechtsorientierten sowie praktisch handhabbaren Gesamtkonzept beruhen sollte. Dabei sollte auch auf die – von der RL EEA ausgeklammerten – gemeinsamen Ermittlungsgruppen sowie auf Spiegel- bzw. Parallelverfahren besonderes Augenmerk gerichtet werden.

Es empfiehlt sich, für eine solche umfassende Überarbeitung des IRG den in der 16. Wahlperiode mit großem Erfolg bereits mehrfach gewählten Weg zu beschreiten: Diese Gesamtreform des IRG sollte durch eine Expertenkommission unter maßgeblicher Beteiligung der Rechtsanwaltschaft, der Justizpraxis und der Strafrechtswissenschaft vorbereitet und begleitet werden

- - -