Beweiserhebung und Beweisverwertung in EUStA-Verfahren – Dogmatische Probleme des Beweismitteltransfers

Ingeborg Zerbes[*]

I. Grundlegendes zur EUStA

1. Idee, Zuständigkeit, Struktur der EUStA

Das Ziel ist bekannt: Die strafrechtliche Untersuchung, Verfolgung und Anklageerhebung in Fällen sog „PIF"-Delikte – Betrug (iwS) zu Lasten der finanziellen Interessen der EU – soll nicht mehr (nur) in der Hand der Mitgliedstaaten liegen, sondern durch eine einheitliche, keinen Weisungen aus den Mitgliedstaaten unterworfene, supranational tätige Behörde der EU geleistet werden: durch die Europäische Staatsanwaltschaft („EUStA").

Nach einer langen Ideengeschichte[1] und der Einführung einer kompetenzrechtlichen Grundlage (Art. 86 AEUV) wurde sie im Zuge Verstärkter Zusammenarbeit durch eine Verordnung – kurz EUStA-VO[2] – realisiert und hat vor einem Jahr ihre Tätigkeit aufgenommen. Für das hier interessierende Thema – grenzüberschreitende Beweissammlung – genügt ein Überblick über die Struktur der EUStA:

---

* Ich danke meinem Mitarbeiter, Univ.-Ass. Mag. Lukas Emanuel Müller, Universität Wien, für seine tiefgehende Recherche und seine wertvollen Anmerkungen.
Der vorliegende Text stimmt weitgehend mit *Zerbes,* Grenzüberschreitende Beweiserhebung der Europäischen Staatsanwaltschaft – Supranationale Ermittlung nach nationalen Regeln, ÖJZ 2022/1, überein.

1 Erste Vorschläge wurden in der Idee eines „Corpus Juris", Art 18 ff., entwickelt: *Delmas-Marty (Hrsg.)*, Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union, 1998; Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, COM(2013) 534 final vom 17.7.2013.

2 VO (EU) 2017/1939 des Rates vom 12.10.2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUStA), ABl. L 283, 1 vom 31.10.2017.

https://doi.org/10.5771/9783748914228-69 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

- An der Spitze der *zentralen Ebene* in Luxemburg steht die *Europäische Generalstaatsanwältin* mit zwei Vertretern;
- sie sitzt dem *Kollegium der Europäischen Staatsanwälte* vor, das die 22 Europäischen Staatsanwälte aus den Mitgliedstaaten der EUStA-VO bilden. Dieses Kollegium führt die allgemeine Aufsicht, entscheidet über Strategie und allgemeine Angelegenheiten, die sich aus Einzelfällen ergeben, hat aber keine Ermächtigung zu operativen Entscheidungen in Einzelfällen.
- Das Kollegium richtet die *Ständigen Kammern* ein – mittlerweile sind es 15 – die aus je drei Mitgliedern bestehen: Zwei Europäische Staatsanwälte, denen die Generalstaatsanwältin, einer ihrer Stellvertreter oder ein weiterer Europäischer Staatsanwalt vorsitzt. Die Ständigen Kammern überwachen und leiten die konkreten in den Mitgliedstaaten geführten Ermittlungsverfahren und haben ein Weisungsrecht in Einzelfällen.

Hier interessiert, dass die eigentliche Ermittlungsarbeit jedoch auf dezentraler Ebene stattfindet: durch die Delegierten Europäischen Staatsanwälte (im Folgenden „DEStA") in den Mitgliedstaaten. Dazu im Folgenden.

2. *Konzept der Beweisermittlung*

a) *Ermittlung nach nationalem Recht*

Für die Verfahren in der Zuständigkeit der EUStA ließ sich nicht durchsetzen, eine (vollständige) *supra*nationale Verfahrensordnung zu schaffen, nach der die EUStA in allen Mitgliedstaaten nach den gleichen Regeln ermitteln könnte. Das wird teilweise zwar bedauert.[3] Eine solche „EU-StPO" wäre, selbst wenn sie sich auf das Ermittlungsverfahren beschränken würde, im Hinblick auf Art. 82 AEUV zum einen wohl ein kompetenzrechtliches Problem – trotz der Kompetenz nach Art. 86 zur Schaffung der EUStA. Vor allem aber würde sie zu einer uneinheitlichen, wenn nicht sogar gleichheitswidrigen Strafverfolgung im jeweiligen Inland führen: In vergleichbaren Fällen würden unterschiedlichen Regeln für die Beweiserhebung gelten – je nachdem, ob die EUStA zuständig ist oder die nationale Staatsanwaltschaft. Und wenn ein Verfahren von der EUStA an die nationale Staatsanwaltschaft ausgeschieden wird oder umgekehrt, würden

3 Etwa von *Csuri,* ZWF 2018, 189 (193).

https://doi.org/10.5771/9783748914228-69 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die Regeln wechseln und die Frage aufwerfen, ob und wie weitgehend die bisherigen Beweisergebnisse verwendbar wären.

Die DEStA ermitteln daher nach der nationalen Verfahrensordnung des Staates, in dem sie ernannt wurden. Jeder DEStA soll dabei sämtliche Befugnisse unter den gleichen Voraussetzungen und Grenzen haben wie die nationalen Staatsanwälte (Art. 13 I und Art. 30 IV EUStA-VO).

b) Maßnahmenkatalog nach Art. 30 EUStA-VO

Neben diesem grundsätzlichen Verweis auf die nationalen Regeln enthält die EUStA-VO in Art. 30 I einen einigermaßen breiten Katalog an Ermittlungsmaßnahmen, die der EUStA jedenfalls zur Verfügung stehen müssen, wenn die zugrundeliegende strafbare Handlung mit über vier Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist. Sie sind dort im Wesentlichen nur *als solche* vorgesehen, während sich die „Verfahren und Modalitäten für die Durchführung dieser Maßnahmen … nach dem geltenden nationalen Recht" richten (Art. 30 V EUStA-VO). Dazu gehören zB die Bindung an eine richterliche Bewilligung,[4] Anwesenheitsrechte oder Informationsrechte.

Aufgelistet sind „klassische"[5] Ermittlungs- und Sicherungsbefugnisse, im Einzelnen: Art. 30 I

- lit. a): Durchsuchung,
- lit. b): Erwirkung der Herausgabe von Gegenständen und Schriftstücken,
- lit. c): Erwirkung der Herausgabe und Entschlüsselung von Computerdaten einschließlich Bankkontodaten und Verkehrsdaten,
- lit. d): Sicherstellung von Tatwerkzeugen oder Erträgen aus Straftaten,
- lit. e): Überwachung der elektronischen Kommunikation;
- lit. f): Verfolgung und Ortung von Gegenständen mit technischen Mitteln.

In der deutschen StPO sind alle diese Ermittlungsmethoden vorgesehen, sprachlich freilich nach der hier gebräuchlichen Typisierung und Bezeichnung (als Durchsuchung, Sicherstellung und Beschlagnahme, als Telekommunikationsüberwachung, als Erhebung von Verkehrsdaten, als Bestands-

4 *Niedernhuber*, in: Herrnfeld/Esser (Hrsg.), Europäische Staatsanwaltschaft Handbuch, 2022, § 7 Rn. 97.

5 *Niedernhuber,* in: Herrnfeld/Esser (Fn. 4), § 7 Rn. 94.

https://doi.org/10.5771/9783748914228-69 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

datenauskunft etc).[6] Es war keine Ergänzung im Hinblick auf EUStA-Verfahren notwendig. Selbst bei diesen zentralen Befugnissen berücksichtigt die EUStA-VO nicht nur die nationalen Durchführungsregeln, sondern auch weitere Beschränkungen:

- Zum einen solche, „die für bestimmte Personen- oder Berufsgruppen [gelten], die rechtlich zur Geheimhaltung *verpflichtet* sind" (Art. 30 II EUStA-VO). Für Deutschland bedeutet das, dass die Beschlagnahmeverbote zu Gunsten von Berufsgeheimnisträgern (§§ 160a, 97, 148 dStPO) zwar weitgehend, aber nicht vollständig verordnungskonform sind. So sind Medienmitarbeiter zwar im Strafverfahren schweige*berechtigt* und daher vor Beschlagnahme geschützt, haben aber keine Schweige*pflicht.* Ebenso ist der Schutz schweigeberechtigter Angehöriger vor Beschlagnahme ihrer schriftlichen Kommunikation mit dem Beschuldigten mit keiner Schweige*pflicht* verbunden. Streng genommen steht dies der Verordnung entgegen.[7]
- Zum anderen darf jeder Mitgliedstaat
  - für die Überwachung der elektronischen Kommunikation (Art. 30 I lit. e) EUStA-VO)
  - und für die Verfolgung und Ortung von Gegenständen mit technischen Mitteln (Art. 30 I lit. f) EUStA-VO)

  weitere Grenzen vorsehen wie insbesondere die Bindung an eine Anlasstat bestimmter Mindestschwere oder bestimmter Art. Damit ist gedeckt, dass in Deutschland sämtliche Formen der Kommunikationsüberwachung an Katalogtaten (insbes. § 100a II dStPO) gebunden sind.[8]
- Ebenso darf die Erwirkung der Herausgabe und Entschlüsselung von Computerdaten einschließlich Bankkontodaten und Verkehrsdaten weiter eingeschränkt werden – nur nicht nach der Schwere der Anlasstat, wohl aber zB zum Schutz höchstpersönlicher Daten, zum Schutz des Schweigerechts des Beschuldigten oder naher Angehöriger. Inso-

6 Zuordnung der Ermittlungsmaßnahmen nach dStPO zur Liste nach Art. 30 I EUStA-VO bei *Niedernhuber*, in: Herrnfeld/Esser (Fn. 4), § 7 Rn. 102 ff.

7 Eingehend herausgearbeitet von *Schneider,* Die Zusammenarbeit der EUStA mit nationalen Ermittlungsbehörden, in diesem Band.

8 Im Einzelnen aufgeschlüsselt in der Mitteilung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland an die Europäische Staatsanwaltschaft vom 18. Juni 2021 (https://www.eppo.europa.eu/sites/default/files/2021-11/12-DE.pdf, 19.8.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748914228-69 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

fern lässt sich deren Schutz vor Beschlagnahme mit der EUStA-VO vereinbaren.[9]

Für Verfahren, in denen in nur einem Mitgliedstaat ermittelt wird, sind die bisher skizzierten Regelungen der EUStA-VO weitgehend unproblematisch: Der DEStA ermittelt dort wie seine Kollegen aus den nationalen Staatsanwaltschaften nach der nationalen Prozessordnung, zu der jedenfalls in Deutschland keine neuen Regeln eingeführt werden müssen.

Hier interessiert, dass nach strafbaren Handlungen zum Nachteil des EU-Haushalts die Beweise recht häufig nicht nur in *einem* Mitgliedstaat liegen. Auch das war ja eines der Motive, eine eigene *supra*nationale Ermittlungsbehörde zu schaffen: Sie soll einfacher und effizienter grenzüberschreitend tätig werden. Da die DEStA nach wie vor nur in ihrem eigenen Staat eingreifen dürfen, sind sie – in einem funktionalen Sinn – auf Rechtshilfe angewiesen: Die Erhebung der Beweise, die sie aus dem Ausland brauchen, kann nur der dort ansässige DEStA leisten bzw. leisten lassen. Zumindest in innerstaatlichen Fällen ermittelt auch dieser nach der Prozessordnung seines Staates; und damit treffen jedenfalls zwei nationale Prozessordnungen aufeinander:

- Welche hat in welcher Phase einer Ermittlungsmaßnahme Vorrang?
- Wie ist bei Konflikten vorzugehen?
- Welchen Regeln folgt die spätere Verwendung der erhobenen Beweise?

Dazu im Einzelnen wie folgt.

II. Grenzüberschreitende Beweisermittlung

1. Zwischenstaatliche Ermittlungen

a) Kollage aus lex fori und lex loci

Die grundsätzliche Regel (Art. 31 und 32 EUStA-VO) klingt ganz einfach:

- Der DEStA, der das Ermittlungsverfahren leitet – das ist in den Worten der Verordnung der „*betraute*" DEStA –, macht das, was Staatsanwälte in einem Ermittlungsverfahren eben zu tun haben: Nach der Rechtsordnung, in der er tätig ist, entscheidet er, welche Ermittlungsmaßnah-

9 *Niedernhuber*, in: Herrnfeld/Esser (Fn. 4), § 7 Rn. 96, 104; Herrnfeld/Brodowski/Burchard/*Brodowski*, EPPO, Art. 30 Rn. 15, 25.

https://doi.org/10.5771/9783748914228-69 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

men durchzuführen sind; er geht also in Deutschland nach §§ 48 ff. dStPO vor; was denn sonst, könnte man sagen. Soll eine Ermittlungsmaßnahme jedoch in einem anderen Mitgliedstaat durchgeführt werden, führt er diese Maßnahme nicht selbst durch und ordnet sie auch nicht der Kriminalpolizei an,

- sondern „weist" sie seinem Kollegen im betreffenden Staat „zu" (Art. 31 I EUStA-VO). Dieser fungiert dann als der „*unterstützende*" DEStA**.** Er soll dabei grundsätzlich so vorgehen, als hätte er sich selbst für die zugewiesene Maßnahme entschieden, und sorgt nach den Regeln *seiner* Rechtsordnung für die Vollstreckung: indem er sie selbst vornimmt oder der Kriminalpolizei anordnet.

Kurzum: Anordnung nach der *lex fori,* Vollstreckung nach der *lex loci.* Mit folgenden Konsequenzen:

- Der betraute DEStA darf *sämtliche* Maßnahmen, die ihm im Inland zur Verfügung stehen, auch zuweisen (Art. 31 II EUStA-VO):
  - „zumindest" die zentralen Maßnahmen nach Art. 30 I EUStA-VO unter Einhaltung der jeweils vorgesehenen Grenzen für Berufsgeheimnisträger und sonstigen Bindungen, soweit die EUStA-VO sie erlaubt (Art. 30 II und III);
  - außerdem *alle* sonstigen in der Prozessordnung seines Sitzstaates geregelten staatsanwaltschaftlichen Befugnisse (Art. 30 IV EUStA-VO).

  Er darf jedoch nichts anordnen, was in seiner Rechtsordnung nicht vorgesehen ist; zB könnte (nach derzeitiger Rechtslage) der österreichische DEStA keine Quellen-TKÜ im Ausland anordnen; er könnte auch keine Durchführungsmodalitäten anordnen, die in Österreich nicht geregelt sind.
- Der unterstützende DEStA muss seine Unterstützung so durchführen, wie das in seiner Rechtsordnung vorgesehen ist (Art. 32 EUStA-VO).[10] Also müsste er in Österreich zB bei einer Sicherstellung bei einem schweigerberechtigten Berufsgeheimnisträger das gerichtliche Sichtungsverfahren nach § 112 öStPO einleiten (dazu noch unten d), sämtliche Belehrungspflichten (für entschlagungsberechtigte Zeugen: § 159 öStPO) einhalten (lassen) und er dürfte nur solche Daten sichergestellter Datenträger kopieren und herstellen, wie im nationalen Recht vorgesehen. Jeder Streit um die Reichweite einer Ermittlungsmaßnahme wirkt daher auch auf Ermittlungen der EUStA.

10 „Doppelte Absicherung": *Niedernhuber*, in: Herrnfeld/Esser (Fn. 4), § 7 Rn. 130.

https://doi.org/10.5771/9783748914228-69 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Das Ziel dieses insofern fragmentierten Ermittlungsverfahrens liegt auf der Hand: *kohärentes Vorgehen innerhalb* der zusammentreffenden Verfahrensordnungen. So soll die *Anordnung* der Befugnis nach dem *Forumsprinzip* bewirken, dass sich die Auslandsbeweise in das vom betrauten DEStA geführten Ermittlungsverfahren einfügen und später friktionslos verwendet und verwertet werden können. Die *Durchführung* nach dem *Locusprinzip* dient hingegen dazu, dass der unterstützende DEStA im Einklang mit der für ihn auch in innerstaatlichen Fällen bindenden Verfahrensordnung handelt. Er müsste sonst in vergleichbaren Fällen nach unterschiedlichen Regeln ermitteln, je nachdem, ob es sich um einen für ihn innerstaatlichen Fall handelt oder er Zuweisungen aus dem Ausland vollstreckt. Das würde zu einer aus Sicht seines Sitzstaates uneinheitlichen Verfolgung führen – zu einer „Binnenfriktion"[11]. Für die jeweils Betroffenen wären die Maßnahmen nicht nachvollziehbar, weil sie auf Einhaltung der demokratisch legitimierten Rechtsordnung des Staates vertrauen, in dem sie sich befinden.[12]

Kann das funktionieren? – Intuitiv fällt dazu ein, dass eine Anordnung die Durchführung einer Maßnahme ja vorzeichnet, jedenfalls hängen die beiden Akte zusammen. Schließlich wird gerade jener Vorgang angeordnet, der durchgeführt werden soll.[13] Widersprüche scheinen damit geradezu vorprogrammiert zu sein.

Das Modell, Anordnung und Durchführung aus verschiedenen Rechtsordnungen zu kombinieren, ist allerdings nicht neu: Wenn auch weniger deutlich formuliert, kommt es bereits bei einer Europäischen Ermittlungsanordnung (EEA) vor (Art. 6 I lit. b) und 9 I RL-EEA[14]). Denn die Anordnung kann nur nach der Rechtsordnung des Anordnungsstaates erfolgen. Auch im Rahmen der gegenseitigen Anerkennung soll ja „gerade keine Kompetenzerweiterung anordnungsstaatlicher Behörden in dem Sinne, dass nationale Vorschriften umgangen werden können, … geschaffen … [und] ‚Befugnis shopping' vermieden werden".[15] Und vollstreckt wird auch eine EEA grundsätzlich nach der Rechtsordnung des Vollstreckungsstaates. Man hat sich also auch damals gegen ein striktes *forum regit actum* Prinzip entschieden.

---

11 *Gleß*, ZStW 2013, 573 (596).
12 *Gleß*, EuCLR 2011, 114 (117 f); *F. Zimmermann*, ZStW 2015, 143 (151).
13 *Zerbes*, ZIS 2015, 145 (149).
14 RL 2014/41/EU über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, ABl L 130, 1 vom 1.5.2014.
15 *Leonhardt*, Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, 2017, S. 34.

https://doi.org/10.5771/9783748914228-69 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Je unterschiedlicher die Verfahrensordnungen sind, desto weniger passen diese beiden Phasen der Beweiserhebung zusammen und desto schwieriger wird es letzten Endes sein, die Auslandsbeweise im Forumstaat zu nutzen. Um dies zu erleichtern, aber die Prozessordnung des Staates, in dem die Maßnahme durchgeführt ist, zu schützen, versucht der EU-Gesetzgeber auf drei Ebenen einen Ausgleich:

- Einerseits zugunsten der *lex fori,* indem der betraute DEStA im Rahmen seiner Zuweisung „Formvorschriften und Verfahren" angeben kann, die der unterstützende DEStA weitgehend einhalten muss (dazu sogleich b).
- Andererseits wird in diesem Zusammenhang das Locusprinzip durch die Berücksichtigung eines *ordre public* geschützt (unten c.aa);
- zudem kann – oder sogar muss – der unterstützende DEStA aus bestimmten Gründen die Maßnahme zumindest vorerst unterlassen (unten c.bb).
- Zudem verweist eine ausdrückliche Bestimmung auf die nationalen Bestimmungen zum Richtervorbehalt (unten d).

b) Stärkung des Forumsprinzips

Die Anordnung, eine zugewiesene Maßnahme nach dem Locusprinzip zu vollstrecken, wird dadurch abgefedert, dass der betraute DEStA die Modalitäten der Durchführung durchaus gestalten kann. So greift die EUStA-VO auf eine in der Rechtshilfe innerhalb der EU bereits seit über 20 Jahren gebräuchliche Formulierung[16] zurück, die auch in der Richtlinie zur EEA übernommen wurde (Art. 9 II RL-EEA). Die Kernbegriffe werden wörtlich übernommen bzw. sinngemäß übertragen: „*Formvorschriften und Verfahren*, die vom betrauten Delegierten Europäischen Staatsanwalt ausdrücklich angegeben werden, *sind einzuhalten*, es sei denn, sie stehen im Widerspruch zu den wesentlichen Rechtsgrundsätzen des Mitgliedstaats des unterstützenden Delegierten Europäischen Staatsanwalts" (Art. 32 EUStA-VO).

Dieselbe Regel, nach der eine EEA zu vollstrecken ist – derselbe Hintergrund: Es geht darum, den Auslandsbeweis friktionslos dort verwenden zu können, wo das Verfahren anhängig ist. Überhaupt soll ein Beweis, der aus dem Ausland zugespielt wird, die Rechte des Beschuldigten nicht beein-

16 Art. 4 I Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ABl C 197/3 vom 12.7.2000.

https://doi.org/10.5771/9783748914228-69 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

trächtigen.[17] Daher darf der betraute DEStA keine Modalitäten angeben, die nach seinem Recht nicht vorgesehen sind; er darf die Beweiserhebung im Ausland nicht dazu benutzen, die für ihn geltenden Regeln zu umgehen.[18] Eine zulässige – wenn nicht sogar erforderliche – Angabe ist zB eine im Forumsstaat aussageverweigerungsberechtigte Person entsprechend zu belehren oder Unterlagen bestimmter Berufsgruppen, deren Geheimnisse im Forumstaat besonders geschützt sind, vorerst zu versiegeln.

Der unterstützende DEStA muss die angegeben Regeln grundsätzlich einhalten, auch wenn sie von seiner Rechtsordnung abweichen. Die Beachtung des Rechts, nach dem das Ermittlungsverfahren geführt und aus dem eine Zuweisung erfolgt, könnte einigermaßen weit gehen. Aber es gibt eine Grenze – dazu wie folgt.

c) Stärkung des Locusprinzips

aa) Nationaler *ordre public* Vorbehalt gegen Fremdrechtsanwendung

Die im Rahmen der Zuweisung angegeben Verfahrensmodalitäten sind (nur) dann nicht bindend, wenn sie im Widerspruch zu „wesentlichen Rechtsgrundsätzen" des Mitgliedstaates stehen, in dem der unterstützende DEStA die Maßnahme durchführt. Grenze der Fremdrechtsanwendung ist also ein nationaler *ordre public* Vorbehalt. Die Forderung, die Belehrung gegenüber einer aussageverweigerungsberechtigten Person zu unterlassen, der jedoch im Forumsstaat kein Aussageverweigerungsrecht zukommt, könnte ein solcher Fall sein. Ebenso würde es wesentliche Rechtsgrundsätze verletzten, bei der Beschuldigtenvernehmung keinen Verteidiger zuzulassen. Eine solche Forderung ist allerdings allenfalls aus Staaten, die die Richtlinie über den Zugang zu einem Rechtsbeistand[19] (noch) nicht umgesetzt haben, zu erwarten.

---

17 *Gleß,* ZStW 2013, 573 (575 ff); *F. Zimmermann,* ZStW 2015, 143 (150); *Zerbes,* ZIS 2015, 145 (148 ff).

18 *F. Zimmermann,* ZStW 2015, 143 (150).

19 Richtlinie (EU) 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.10.2013 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 Freiheitsentzug, ABl. L 294, 1 vom 6.11.2013.

https://doi.org/10.5771/9783748914228-69 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Im Übrigen wird im Schrifttum vorgeschlagen, die Zulässigkeit, Verfahrensregeln des Forumstaates anzugeben, nach ihrem Sinn – Erleichterung der Beweisverwendung – eng auszulegen. Denn da Verwendungsverbote grundsätzlich dazu dienen, die Rechte der Betroffenen zu schützen, soll der betraute DEStA nur Vorgehensweisen zu deren Gunsten angeben dürfen, nicht aber solche, die sich belastend auswirken.[20] Beispiele für demnach ausgeschlossene Angaben sind kaum zu finden, da wesentliche Parameter für die Eingriffsintensität ja bereits in ihrer Anordnung selbst verankert sind wie etwa die Dauer einer Nachrichtenüberwachung oder die Reichweite einer Hausdurchsuchung oder einer Sicherstellung. Nicht zulässig wäre nach diesem Zugang aber zB die Angabe, dass eine Hausdurchsuchung geheim vorzunehmen oder auf Belehrungsrechte zu verzichten sei.

bb) Hindernisse der Durchführung

Der unterstützende DEStA hat nicht nur die eben skizzierte Möglichkeit, die zugewiesene Maßnahme ohne die angegebenen Vorgehensweisen durchzuführen: Mitunter muss er die *Durchführung* aufgrund der Bindungen seiner nationalen Rechtsordnung *vorerst* sogar *unterlassen*.

Eine solche Situation liegt unter anderem erstens dann vor, „wenn die zugewiesene Maßnahme nach dem Recht seines Mitgliedstaats *nicht existiert*" (Art. 31 V lit. d) Hs. 1 EUStA-VO). Derartige Fälle werden eher selten sein. Ein Anwendungsbereich könnten die ständig neuen technischen Möglichkeiten der Überwachung sein, auf die nicht alle Mitgliedstaaten unverzüglich mit einem entsprechenden Ausbau strafrechtlicher Befugnisse reagieren. ZB darf in Österreich nach wie vor keine sog „Quellen-TKÜ" eingesetzt werden, bei der verschlüsselte Nachrichten direkt am überwachten IT-Gerät entschlüsselt werden, und zwar durch eine entsprechende Überwachungssoftware – berühmt geworden unter der Bezeichnung „Staatstrojaner". Die österreichischen DEStA dürften eine zugewiesene Quellen-TKÜ zumindest vorerst nicht vollstrecken.

In einem solchen Fall sieht die EUStA-VO vor, dass die betreffenden DEStA auf die „Rechtsinstrumente über gegenseitige Anerkennung oder grenzüberschreitende Zusammenarbeit" ausweichen (Art. 31 VI EUStA-VO); gemeint ist vor allem eine EEA. Insbesondere die dort vorgesehenen Maßnahmen, die sich von vornherein auf grenzüberschreitende

20 *F. Zimmermann*, ZStW 2015, 143 (150).

https://doi.org/10.5771/9783748914228-69 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Zusammenarbeit beziehen und daher typischerweise nicht in nationalen Rechtsordnungen verankert sind, kommen als Ergänzung zur EUStA-VO in Frage, zB eine grenzüberschreitende Videovernehmung (Art. 22) oder – außerhalb des Beweisrechts ieS – Überwachungsmaßnahmen (statt U-Haft) nach der EÜA[21].[22]

Zweitens führt der unterstützende DEStA die zugewiesene Maßnahme nicht ohne weiteres durch, wenn sie „in einem vergleichbaren *innerstaatlichen Fall nicht zur Verfügung stünde*" (Art. 31 V lit. d) Hs. 2 EUStA-VO). Welche Fälle sind davon erfasst? – Hier sind nicht die *Modalitäten*, sondern die Voraussetzungen für die *Zulässigkeit der Durchführung* entscheidend. Sie konkretisieren die Verhältnismäßigkeit und sind daher umso anspruchsvoller, je intensiver der Eingriff ist. Die EUStA-VO benennt sie zwar nicht im Einzelnen; sie ergeben sich aber naturgemäß aus einer innerstaatlichen Perspektive – konkret: aus der des unterstützenden DEStA. Zu diesen Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Eingriffs gehört

- die Bindung an eine bestimmte Schwere oder bestimmte Art der *Anlasstat*,
- die Bindung an einen bestimmten *Verdachtsgrad*,
- die Bindung an einen bestimmten *Dringlichkeitsgrad* des Eingriffs für den Ermittlungserfolg,
- die Beschränkung auf einen bestimmten *Kreis Betroffener*, zB könnten insbesondere Überwachungsmaßnahmen nur gegenüber dem Beschuldigten und seinen mutmaßlichen Kontaktpersonen zulässig sein;
- das Verbot von Ermittlungsmaßnahmen gegenüber Vertretern bestimmter *schweigeberechtigter Berufsgruppen*, Stichwort: Anwaltsgeheimnis.

Fehlende Verfügbarkeit der Maßnahme iS der EUStA-VO (Art. 31 V Halbsatz 2) wird allerdings auf diese *spezifisch* für die betreffende Maßnahme geltenden Zulässigkeitsvorgaben beschränkt sein. Das ergibt sich aus der Anlehnung der Formulierung an die RL-EEA (Art. 10 I lit. b)), die ebenso eng zu verstehen ist, da sie ansonsten die taxative Aufzählung der sonsti-

---

21 Rahmenbeschluss (EU) 2009/829/JI des Rates über die Anwendung – zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union – des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Entscheidungen über Überwachungsmaßnahmen als Alternative zur Untersuchungshaft, ABl. L 294, 20 vom 11.11.2009.

22 Beispiele nach *Niedernhuber*, in: Herrnfeld/Esser (Fn. 4), § 7 Rn. 131, die noch auf weitere Beispiele hinweist.

https://doi.org/10.5771/9783748914228-69 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gen Ablehnungsgründe für die Durchführung einer EEA unterläuft.[23] Das Doppelbestrafungsverbot – nach der RL-EEA im Übrigen ein explizit genannter Ablehnungsgrund – wird der unterstützende DEStA daher der Durchführung einer Maßnahme nicht entgegenhalten können. Dass er es dennoch beachten muss, ergibt sich freilich aus seiner Bindung an die Grundrechtecharta (Art. 5 II EUStA-VO).[24] Ebenso ist die Verjährung innerhalb seiner Rechtsordnung unbeachtlich.

Auch wenn die *gängigen* Eingriffe, die zugewiesen werden, wohl in jedem Mitgliedstaat vorgesehen sind, können die Bedingungen für ihre Zulässigkeit durchaus verschieden sein und somit die Durchführung einer Maßnahme vorerst bremsen.

cc) Konsultationsverfahren und zentrale Weisungsbefugnis

Was passiert nun, wenn der unterstützende DEStA vor einer der beiden zuletzt beschriebenen Situationen steht – wenn also in seinem Staat die Befugnis zur Durchführung der zugewiesenen Maßnahme

- überhaupt fehlt
- oder im betreffenden Fall nicht anwendbar wäre?

Er führt die Maßnahme zwar nicht gleich durch; er darf sie aber auch nicht ablehnen,[25] sondern hat vorerst nur die Pflicht, den betrauten DEStA zu informieren, sich mit ihm zu beraten und auf diesem Weg „die Angelegenheit in beiderseitigem Einvernehmen zu regeln" (Art. 31 V letzter Halbsatz EUStA-VO). Für dieses *bilaterale Konsultationsverfahren* – noch auf der dezentralen Ebene – haben die beiden Staatsanwälte sieben Tage Zeit (Art. 31 VII EUStA-VO).

Wenn sie in dieser Frist *keine* Einigung erzielen, bleibt die Zuweisung dennoch aufrecht und löst eine *Weisungsbefugnis* auf der *zentralen Ebene* aus. Hierfür hört die *Ständige Kammer* die betroffenen DEStA an und entscheidet, ob und bis wann die strittige Maßnahme oder eine Ersatzmaßnahme durchzuführen ist (Art. 31 VII und VIII EUStA-VO). Das klingt nach einer Kompromisslösung, vor allem aber nach Rechtsunsicherheit. Nach welchen *rechtlichen* Parametern soll die Kammer entscheiden? Es feh-

23 *F. Zimmermann*, in: Böse (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Band 11 – Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2021, § 16 Rn. 53 und 62.
24 *F. Zimmermann*, in: Böse (Fn. 23), § 16 Rn. 63.
25 *Niedernhuber*, in: Herrnfeld/Esser (Fn. 4), § 7 Rn. 155.

https://doi.org/10.5771/9783748914228-69 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

len die Vorgaben, bis zu welcher Grenze sie sich über die Rechtsordnung des Staates, in dem der Eingriff stattfinden soll, hinwegsetzen darf.

d) Nachträgliches rechtliches Gehör – Forums- oder Locusprinzip?

Anordnung und Durchführung sind im Übrigen nur die beiden ersten Phasen einer Ermittlungsmaßnahme – es kann durchaus noch eine *Phase drei* geben: bestimmte *rechtsschützende Vorgänge* – insbesondere durch die Gewährleistung rechtlichen Gehörs –, die *nach* der eigentlichen Vornahme eines Eingriffs vorgesehen sind. Dazu gehören die Rechte der Betroffenen – nicht nur der Beschuldigten – insbesondere nach einer *geheim durchgeführten Maßnahme*, etwa nach einer Nachrichtenüberwachung: Anhörungsrechte, Antragsrecht auf Löschung bestimmter Ergebnisse, Antragsrecht auf die Hinzunahme weiterer Ergebnisse in den Akt (zB § 139 öStPO). Auch an eine Sicherstellung bei *Vertretern bestimmter Berufsgruppen* schließt typischerweise ein bestimmtes Verfahren zum Schutz berufsgeheimer Unterlagen an (§ 112 öStPO).

Derartige Verfahren sollen die *Ergebnisse* des vorangegangenen Eingriffs für ihre weitere Verwendbarkeit *korrigieren*. Nach welchen Rechtsgrundlagen sind sie infolge grenzüberschreitender Eingriffe durchzuführen:

- nach der Verfahrensordnung, in der die Anordnung begründet wurde,
- oder nach der Verfahrensordnung, nach der der jeweilige Eingriff aufgrund einer Zuweisung durchgeführt wurde?

aa) Einsichts- und Antragsrechte nach Überwachungsmaßnahmen

Die Frage lässt sich zB am Umgang mit den Ergebnissen einer Nachrichtenüberwachung genauer darstellen. Typischerweise – in Österreich nach § 139 öStPO – haben die Betroffenen das Recht auf Einsicht in diese Ergebnisse und damit verbundene Antragsrechte auf Löschung oder auf die Beachtung vorerst aussortierter Ergebnisse.[26]

Intuitiv wird man derartige Vorgänge nach der Rechtsordnung des Staates gewährleisten wollen, in der die Maßnahme durchgeführt wurde. Erstens kommen die Ergebnisse *dort* und nach der *dortigen Rechtsordnung* zu-

26 Genauer für Österreich: Antrag des Beschuldigten „weitere Ergebnisse in Bild- oder Schriftform zu übertragen" (§ 139 III öStPO), Antrag aller Betroffener auf Löschung der sie betreffenden Teile der Aufzeichnungen (§ 139 IV öStPO).

https://doi.org/10.5771/9783748914228-69 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

stande, an die ein Verfahren zur nachträglichen Korrektur anknüpft. Zweitens sind die Betroffenen in der Regel dort ansässig und müssten in ihrem Vertrauen auf die Gewährleistung ihrer Rechte nach einem Eingriff geschützt sein. Vor allem verweist auch das Kapitel der EUStA-VO über die „Verfahrensgarantien" (Art. 41 f.) auf die Regeln „des nationalen Rechts der Kontrolle durch die zuständigen nationalen Gerichte". Im Hinblick auf die nachträgliche Kontrolle der Vollstreckung einer Anordnung kann damit nur das nationale Recht des Durchführungsstaates gemeint sein.

Bezugspunkt dieser Antragsrechte ist allerdings idR die Bedeutung der Ergebnisse für das betreffende Strafverfahren: Nur wenn sie fehlt, dürfen Ergebnisse gelöscht; nur wenn sie besteht, dürfen weitere Ergebnisse herangezogen werden. Um derartiges beurteilen zu können, braucht der unterstützende DEStA den Ermittlungsakt: Er braucht konkrete Informationen über die mutmaßliche Tat und über den Fortschritt der bisherigen Ermittlungen – wie soll er sonst beurteilen, was zu deren Ergänzung oder Entkräftung bedeutend ist?

Der Akt wird idR auch übersetzt werden müssen. Das mag in kleinen, übersichtlichen Fällen unproblematisch sein, ist aber in grenzüberschreitenden komplexen Fällen mit zahlreichen Beteiligten in verschiedenen Staaten und mitunter enorm umfangreichen Akten kaum leistbar. Folglich wäre das rechtliche Gehör zu den Ermittlungsergebnissen wohl durch den betrauten DEStA in die Wege zu leiten, der die Maßnahme auf Basis des von ihm geführten Ermittlungsakts angeordnet hat. Aber auch damit sind weitere Fragen verbunden: Geht er nach der aus seinem Blickwinkel fremden Rechtsordnung vor? Das würde im Hinblick auf den Eingriff selbst kohärent sein. Oder wendet er seine Rechtsordnung an? Nach ihr könnte das rechtliche Gehör ganz anders oder auch restriktiver gestaltet sein. Außerdem sind die Betroffenen mit erheblichen Schwierigkeiten konfrontiert: Sie müssten anreisen, um ihre Rechte wahrzunehmen, sprechen idR nicht die Sprache des Anordnungsstaates und sind mit der dortigen Rechtsordnung nicht vertraut. Ist ihnen das zumutbar?

bb) Schutz besonderer Berufsgeheimnisse

Vergleichbare Fragen werfen die Vorgehensweisen auf, die in den Mitgliedstaaten zum Schutz besonderer Berufsgeheimnisse insbesondere nach einer *Sicherstellung von Unterlagen* vorgesehen sind. So unterschiedlich sie in den einzelnen Mitgliedstaaten gestaltet sein mögen, werden sie im Kern

https://doi.org/10.5771/9783748914228-69 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

- erst eine Versiegelung der möglicherweise einschlägigen Beweisgegenstände beinhalten, um in einem ersten Schritt die Einsichtnahme der Ermittlungsorgane zu vermeiden;
- und im Anschluss daran ein wiederum abgeschirmtes Entsiegelungsverfahren verlangen.

Der Maßstab für derartige Vorgänge ergibt sich idR weniger aus der Bedeutung der betreffenden Unterlagen für die Ermittlungen als aus der Einhaltung von Sicherstellungsverboten. Hier liegt daher jedenfalls nahe, sie in dem Mitgliedstaat und nach der Rechtsordnung zu gewährleisten, in der der Eingriff stattgefunden hat und nach deren Berufsregeln der betreffende Berufsgeheimnisträger tätig ist.

Kurzum: Die Verordnung ist im Hinblick auf diese Anliegen offen. Auch sie werden daher wohl über kurz oder lang dem EuGH vorgelegt werden. *Auch* diese Anliegen: Ein weiteres *ist* bereits Gegenstand einer Vorlagefrage, diese betrifft den Richtervorbehalt. Dazu sogleich.

e) Sicherung des Richtervorbehalts

aa) Regelung der EUStA-VO

Wiederum enthält die EUStA-VO eine nach oberflächlicher Betrachtung einfache Regel (Art. 31 III):

- Verlangt nur eine der beiden beteiligten Rechtsordnungen eine richterliche Anordnung oder Genehmigung – oder auch nachträgliche Bestätigung im Fall von Eilmaßnahmen[27] –, so ist sie im betreffenden Mitgliedstaat durch den betreffenden DEStA einzuholen.
- Verlangen jedoch beide Rechtsordnungen eine solche, soll nur der unterstützende DEStA sie in seinem Mitgliedstaat einholen.

Auf diese Weise soll stets nur *eine* richterliche Entscheidung erfolgen (Erwägungsgrund 72).

Die Regelung ist einerseits nachvollziehbar: Die EUStA soll *eine* Behörde sein, daher soll nur *ein* Gericht die notwendige Bewilligung geben: das zuständige Gericht in jenem Staat, in dem der Betroffene der zugewiesenen Maßnahme tatsächlich ausgesetzt ist.[28] Ein genauer Blick macht allerdings Hürden erkennbar.

---

27 *Niedernhuber*, in: Herrnfeld/Esser (Fn. 4), § 7 Rn. 134.
28 *Niedernhuber*, in: Herrnfeld/Esser (Fn. 4), § 7 Rn. 133.

https://doi.org/10.5771/9783748914228-69 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

bb) Richtervorbehalt auch oder nur im unterstützenden Staat

Problematisch ist die Situation dann, wenn eine richterliche Entscheidung nach dem für den unterstützenden DEStA maßgeblichen Recht erforderlich ist. Damit das dafür zuständigen Gericht entscheiden kann, müssten ihm nämlich sämtliche Auszüge aus dem Ermittlungsakt des betrauten DEStA zur Verfügung gestellt werden: Nur so kann der Richter überprüfen, ob die Begründung einer nach der fremden Rechtsordnung angeordneten Maßnahme

- sowohl der Rechtsordnung des Durchführungsstaates,
- als auch der Rechtsordnung, nach der die Maßnahme zugewiesen wurde, entspricht.

Schon die dafür notwendige Übersetzungsarbeit wäre mitunter enorm. Vor allem ginge die Rechtssicherheit verloren, wenn in mehreren Mitgliedstaaten richterlich gebundene Maßnahmen durchgeführt werden sollen und somit die jeweiligen Gerichte je nach der Durchführungsrechtsordnung entscheiden müssten.

Diese Frage hat bereits Eingang in eine *Vorlagefrage* aus Österreich[29] an den EuGH gefunden: Das OLG fragt konkret danach, ob eine richterliche Bewilligung nach Art. 31 III EUStA-VO tatsächlich eine vollständige formelle und materielle Überprüfung erfordert – oder ob eine richterliche Überprüfung iS einer EEA genügt, bei der im Vollstreckungsstaat nur nach wenigen formellen Erforderlichkeiten zu prüfen ist.

2. *Fragmentierter Rechtsschutz*

Die Kombination verschiedener nationaler Rechtsgrundlagen setzt sich auf der Ebene des Rechtsschutzes fort: „Verfahrenshandlungen der EUStA mit Rechtswirkungen gegenüber Dritten" – das sind in erster Linie Beschuldigte, Opfer und Zeugen[30] – „unterliegen im Einklang mit den Anforderungen und Verfahren des nationalen Rechts der Kontrolle durch nationale Gerichte" (Art. 42 I EUStA-VO). Gegenstand dieser Kontrolle ist sowohl das nationale als auch das Unionsrecht. Eine Verfahrenshandlung auf der *dezentralen Ebene* – die eines DEStA – ist damit jeweils nach dem Verfahrensrecht des Mitgliedstaates bekämpfbar, in dem sie gesetzt wurde. Wur-

29 OLG Wien, Beschl. v. 8.4.2022, 22 Bs 8/22w ua zu EuGH C-281/22, *G. K. uA*.
30 *Esser*, in: Herrnfeld/Esser (Fn. 4), § 12 Rn. 41.

https://doi.org/10.5771/9783748914228-69 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

de sie auf *zentraler Ebene* angeordnet – etwa durch die Ständige Kammer –, wird der gerichtliche Rechtsschutz der Mitgliedstaaten zur Verfügung stehen müssen, in denen sie sich jeweils auf Dritte auswirkt.[31]

Die Betroffenen eines *grenzüberschreitenden Eingriffs* sind demnach mit zumindest zwei Rechtsordnungen konfrontiert:

- Anordnung und Zuweisung sind nach den Verfahrensregeln im Staat des betrauten DEStA zu bekämpfen und
- die Modalitäten der Durchführung nach den Regeln des Staates, in dem der unterstützende DEStA die Anordnung vollstreckt hat.

Eine derartige „*Aufspaltung des Rechtsschutzes*"[32] wurde bereits im Zusammenhang mit der RL-EEA (Art. 14 II) kritisiert: Die Betroffenen sind mit sprachlichen Schwierigkeiten, mit der räumlichen Distanz zu den zuständigen nationalen Instanzen und mit einer ihnen nicht vertrauten Rechtslage konfrontiert.[33] Kann das ein wirksamer Rechtsschutz iS von Art. 47 I EU-GRC und Art. 13 EMRK sein?[34]

Es liegt allerdings auch eine weitere Interpretation der Bestimmung nahe: Erst die Anordnung einer Maßnahme löst die Rechtswirkungen der Durchführung aus – auch dann, wenn die Durchführung in einem anderen Staat und durch die dortigen Behörden zustande kommt. Müsste gegen die Durchführung nicht (auch) der Rechtsschutz des Anordnungsstaates zugänglich sein?

Durch die Übertragung des Rechtsschutzes gegen Verfahrenshandlungen der EUStA auf nationale Gerichte schränkt die EUStA-VO den Zugang zu einer Nichtigkeitsklage (Art. 263 IV AEUV) ein; er steht nur noch gegen Einstellungsentscheidungen offen, die sich unmittelbar auf Unionsrecht stützen.

III. Beweisverwertung

1. Rudimentäre Vorgaben der EUStA-VO

Das Ermittlungsverfahren der EUStA wird – unter Einbeziehung der weisungsbefugten zentralen Ebene – durch eine Verweisung des Verfahrens

---

31 *Esser*, in: Herrnfeld/Esser (Fn. 4), § 12 Rn. 44 f.
32 Bereits im Zusammenhang mit dem Vorläufer der EEA *Esser,* FS Roxin, 2011, S. 1497 (1505).
33 *F. Zimmermann*, ZStW 2015, 143 (169).
34 *Esser,* FS Roxin (Fn. 32), S. 1497 (1505 f).

https://doi.org/10.5771/9783748914228-69 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

an die nationalen Behörden, durch Einstellung, durch ein vereinfachtes Strafverfolgungsverfahren oder aber durch Anklage abgeschlossen. Diese führt zu einem Hauptverfahren vor einem nationalen Gericht, das bei einem grenzüberschreitenden Fall mit der Aufgabe verbunden ist, die nach verschiedenen Rechtsordnungen zusammengetragenen Ermittlungsergebnisse zu verwenden, zu verwerten und zu würdigen.

Für den Vorgang der Würdigung macht die EUStA-VO ausdrücklich keine Vorgaben (Art. 37 II EUStA-VO). Letzten Endes überlässt sie auch die Regeln der Beweisverwendung den nationalen Gerichten: Diese dürfen einen Beweis „nicht allein deshalb als unzulässig" ablehnen, weil er in einem anderen Mitgliedstaat oder nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates erhoben wurde (Art. 37 I EUStA-VO).

2. *Bisheriges Konzept der Verwendung von Auslandsbeweisen*

In Deutschland – erst recht übrigens in Österreich – ist die Judikatur im Hinblick auf die Verwendbarkeit von Auslandsbeweisen traditionell großzügig: Verwendungsverbote werden grundsätzlich auf rechtswidriges Handeln inländischer Behörden bezogen. Dahinter steht der Gedanke, dass die nationale Verfahrensordnung nur für die jeweiligen nationalen Strafverfolgungsbehörden gilt – und daher eine nicht von diesen vorgenommene Verfahrenshandlung die StPO gar nicht verletzen kann.[35] Ausnahmen werden im Wesentlichen nur unter dem wenig präzisen Topos des *ordre public* gemacht; auch heute noch[36] beruft sich der BGH dabei auf einen Beschluss aus 2012.[37]

Diese Argumentation lässt sich zumindest bei Maßnahmen der EUStA nicht mehr durchhalten. Die DEStA handeln zwar nach nationalen Rechtsordnungen, betreiben damit aber innerhalb einer supranationalen Behörde eine strafrechtliche Aufarbeitung für den gesamten Geltungsraum der EUStA-VO. Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens stehen ihre Handlungen höchstens unter einer rudimentären justiziellen Kontrolle; zahlreiche Mitgliedstaaten verlagern eine solche auf die Phase des Hauptverfahrens. Die hierfür zuständigen nationalen Gerichte können sich daher nicht bloß auf die Überprüfung von Handlungen nationaler Staatsanwaltschaf-

35 Für Österreich jüngst OGH, Beschl. vom 22.2.2022 – 15 Os 11/22i.

36 BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 467/21 (EncroChat-Beschluss); fast geschlossen steht die Literatur diesem Weg kritisch gegenüber, für viele *F. Zimmermann*, ZfIStW 2022, 173 ff.

37 BGH, Beschl. v. 21.11.2012 – 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32.

https://doi.org/10.5771/9783748914228-69 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ten zurückziehen. Wenn einem nationalen Gericht daher Beweise „zugespielt" werden, die ein ausländischer DEStA erhoben hat, muss es den Erhebungsvorgang aus dem Blickwinkel der nationalen StPO überprüfen. Das dürfte nicht nur dann gelten, wenn der DEStA desselben Mitgliedstaates, der das Ermittlungsverfahren geleitet hat, bei seiner früheren Zuweisung an den ausländischen Kollegen keine ausreichenden Angaben von „Formvorschriften und Verfahren" (iSv Art. 32 EUStA-VO) gemacht hat. Auch dann, wenn der Fehler *nicht* an ihm liegt, sondern der unterstützende DEStA die betreffenden Anordnungen nicht beachtet hat, hat das Gericht die Beweisverwertungsvorgaben der dStPO zu beachten – unabhängig davon, ob der unterstützende DEStA *seine eigene* Rechtsordnung eingehalten hat.

IV. Fazit

Bei sämtlichen Fragen der grenzüberschreitenden Ermittlung der EUStA wird deren hybrider Anspruch sichtbar:

Einerseits soll eine insgesamt einheitliche Behörde für eine einheitliche Strafverfolgung der „PIF"-Delikte sorgen.

Andererseits sollen dafür letzten Endes die nationalen Verfahrensordnungen angewendet werden – die aber gerade *nicht* einheitlich sind.

Die dadurch entstehen Friktionen sind darauf zurückzuführen, dass Ermittlungsmaßnahmen ihrem Wesen nach nicht in einem Schritt erfolgen und wirken. Anordnung, Durchführung und Bekämpfung der Erhebung von Beweisen führen zur Verwendung und Verwertung von Beweisen. Der Zusammenhang dieser Phasen des Beweisvorganges liegt auf der Hand – aber auch bei EUStA-Ermittlungen kommen sie nach verschiedenen Rechtsordnungen zustande. Liegt darin wirklich ein (fortschrittlicher) Paradigmenwechsel gegenüber der Rechtshilfe?

https://doi.org/10.5771/9783748914228-69 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783748914228-69 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND