

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Überlegungen zu dem Gesetz zur Änderung des IRG vom 5.1.2017

von Rechtsanwalt und Privatdozent

Dr. Peter Rackow*

Abstract

Die Richtlinie 2014/41/EU über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3.4.2014 (im Folgenden RL EEA)¹ ist durch die Mitgliedsstaaten bis zum 22.5.2017 in nationales Recht umzusetzen. Dieser Verpflichtung ist Deutschland vorfristig bereits in der ersten Woche des Jahres 2017 durch ein „Viertes Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen“ vom 5.1.2017² nachgekommen, welches mit Wirkung zum 22.5.2017 neue Vorschriften der §§ 91a bis 98e in das IRG einfügt. Diese Regelungen bilden einen eigenen Abschnitt über die „Europäische Ermittlungsanordnung“. Ein weiteres auf dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung basierendes EU-Rechtsinstrument wird also durch Ergänzung beziehungsweise Erweiterung des IRG umgesetzt.³ Der neue Abschnitt fügt sich dabei auch begrifflich in das Herkömmliche ein: Nicht etwa wird die Terminologie der RL EEA übernommen,⁴ sondern es wird an dem Begriff des Ersuchens festgehalten, das der ersuchende Staat (in Gestalt einer EEA) an den ersuchten Staat richtet; des Weiteren differenziert das Umsetzungsgesetz in hergebrachter Weise zwischen Zulässigkeitsvoraussetzungen und Bewilligungshindernissen.⁵ Wesentlich bei alledem ist, dass die Neuerungen nicht etwa nur formal und terminologisch an ein traditionelles Rechtshilfeverständnis anknüpfen, sondern dass, wie zu zeigen sein wird, auch in der Sache die Vorgaben der Richtlinie eher in die gewachsenen Strukturen der kleinen Rechtshilfe einpasst werden, als dass umgekehrt das deutsche Recht der sonstigen Rechtshilfe im Sinne eines Paradigmenwechsels auf ein konsequent praktiziertes Anerkennungsprinzip umgestellt würde.⁶

I. Die Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung

Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung strebt bekanntlich die Überwindung traditioneller Rechtshilfehindernisse zu dem Zweck der Beschleunigung der ihrem Ruf nach „langwierige[n] und ineffizient[en]“⁷ Rechtshilfe im herkömmlichen Sinne an. Indes birgt gerade der heterogene Bereich der sonstigen Rechtshilfe besondere Herausforderungen für das Anerkennungsprinzip: Während etwa ein (Europäischer) Haftbefehl als ein in sich vergleichsweise abgeschlossenes (und damit quasi auskoppelbar-exportfähiges) „Produkt“ eines nationalen Strafverfahrens verstanden werden kann,⁸ stellen sich Ermittlungs- und Beweisgewinnungsmaßnahmen weniger als „Produkte“ des Strafprozesses dar, sondern eher als dessen Elemente.⁹ Angesichts dessen ist es keine Überraschung, dass im Laufe des Richtliniengabungsverfahrens, welches dann schlussendlich zur RL EEA in ihrer im April 2014 angenommenen Form geführt hat, immer weitere beziehungsweise immer weitergreifende traditionelle Rechtshilfehindernisse in der Gestalt von „Versagungsgründen“ Eingang in die Richtlinie gefunden haben:¹⁰ Während der Richtlinienvorschlag in seiner ursprünglichen Form der sogenannten belgischen Initiative¹¹ – durchaus im Sinne eines konsequent verstandenen Anerkennungsprinzips – nur in sehr geringem Ausmaß Ablehnungsmöglichkeiten vorsah, gelang es (in den Worten der Begründung des IRG-Änderungsgesetzes) im weiteren Verfahrensgang „maßgebliche Verbesserungen am Text der Richtlinie durchzusetzen“¹². Schlussendlich führe „die tatsächliche Ausgestaltung der RL EEA daher dazu,¹³ dass die grenzüberschreitende Beweiserhebung zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union auch künftig in weiten Teilen den

* Privatdozent Dr. Peter Rackow ist als Rechtsanwalt in Hannover tätig.

¹ ABl. L 130 v. 1.5.2014, S. 1; L 143 v. 9.6.2015, S. 16. Im Folgenden RL EEA.

² BGBl. I 2017, S. 31 ff.; vgl. dazu den Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 26.9.2016, BT-Drs. 18/9757, sowie den Referentenentwurf BR-Drs. 421/16 vom 12.8.2016.

³ Der Deutsche Richterbund hatte in seiner Stellungnahme aus dem April 2016, Nr. 07/2016 kritisiert, dass mit dem Referentenentwurf eine Chance vergeben werde, nunmehr ein besonderes, in sich geschlossenes Regelwerk der inzwischen diversen in deutsches Recht umgesetzten auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung basierenden Rechtsinstrumente zu schaffen.

⁴ Dort ist, natürlich ganz im Duktus des Anerkennungsprinzips, die Rede vom Anordnungs- und Vollstreckungsstaat beziehungsweise von der Anordnungs- und der Vollstreckungsbehörde.

⁵ BT-Drs. 18/9757, S. 54 f.; BR-Drs. 421/16, S. 58.

⁶ Vgl. insow. Schuster, StV 2015, 393 (396).

⁷ KOM(2009) 624 endg., S. 4.

⁸ Die Haft sichert lediglich das Verfahren, für seinen Ausgang - Verurteilung oder Freispruch - ist sie prinzipiell nicht entscheidend.

⁹ Vgl. Roger, GA 2010, 27 (31); Ambos, ZIS 2010, 557, (559); auch Rackow, in: Ambos (Hrsg.), Europäisches Strafrecht post-Lissabon, 2011, S. 117 (120).

¹⁰ Vgl. insb. Ambos, ZIS 2010, 557 (560) dazu, dass durch die Umstellung auf das Anerkennungsprinzip die traditionellen Rechtshilfehindernisse nicht etwa „automatisch“¹¹ hinfällig werden.

¹¹ ABl. C 165 v. 24.6.2010, S. 22.

¹² BT-Drs. 18/9757, S. 19; eingehend zum Richtliniengabungsverfahren Leonhardt, Die Europäische Ermittlungsanordnung, 2016, S. 205 ff.

¹³ Ausführlich zur RL EEA in ihrer endgültigen Fassung Böse, ZIS 2014, 152; Schuster, StV 2015, 393; Zimmermann, ZStW 127 (2015), 143.

bisherigen Regeln der klassischen Rechtshilfe folgt¹⁴.

II. Der neue IRG-Abschnitt zur EEA

1. Anwendungsbereich - § 91a IRG

§ 91a Abs. 1 IRG stellt klar, dass die Regeln des neuen Abschnitts über die EEA anzuwenden sind, wenn im Bereich der sonstigen Rechtshilfe ein EU-Mitgliedsstaat ein Ersuchen auf die RL EEA stützt.¹⁵ Für diese Fälle lösen die neugeschaffenen Normen also insbesondere das EU-Rh-Übk. ab, wobei man insoweit indes die Ausnahmefälle nach Abs. 2 mit in den Blick nehmen muss.¹⁶ Aus dem Anwendungsbereich der Regelungen des Abschnitts über die EEA ausgenommen sind danach die Gemeinsamen Ermittlungsgruppen, für die weiterhin auf § 93 IRG beziehungsweise auf Art. 13 EU-RhÜbk. zurückgegriffen werden muss, des Weiteren die Fälle grenzüberschreitender Observationen, für die auch in Zukunft Art. 40 SDÜ gilt und schließlich Beschuldigtenvernehmungen per Telefonkonferenz, die weiterhin nur fallweise im Einverständnis mit dem Betroffenen nach den allgemeinen Regeln in Betracht kommen (Nr. 77 RiVAST).¹⁷ § 91a Abs. 3 IRG weist lediglich Beweis Zwecken dienende Sicherstellungsmaßnahmen dem Anwendungsbereich der RL EEA beziehungsweise damit den §§ 91a ff. IRG zu. Klargestellt ist damit, dass die Sicherstellung von Vermögensgegenständen zu dem Zweck der Vermögensabschöpfung weiterhin nach den §§ 94 ff. IRG erfolgt.

§ 91a Abs. 4 Nr. 1 IRG vollzieht regelungstechnisch die Integration des neuen Abschnitts in das IRG in der Weise, dass insbesondere die zentralen Vorschriften des fünften Teils über die „Sonstige Rechtshilfe“ (§§ 59 - 67a IRG), sowie diejenigen des ersten, sechsten und siebten Teils für weiterhin anwendbar erklärt werden, soweit der Abschnitt über die EEA „keine besonderen Regelungen enthält“. Schließlich gelten gem. § 91a Abs. 4 Nr. 2 IRG die hergebrachten Regeln über die sonstige Rechtshilfe, in den Fällen, in denen aus EU-Mitgliedsstaaten stammende Ersuchen *nicht* in Form einer EEA übermittelt werden.¹⁸

2. Eingehende Ersuchen

§ 91b IRG über die allgemeinen Voraussetzungen der Zulässigkeit und § 91c IRG zu ergänzenden Zulässigkeitsvoraussetzungen für besondere Formen der Rechtshilfe regeln für den Anwendungsbereich der EEA die für eingehende Ersuchen zu beachtenden *Zulässigkeitshindernisse* nicht abschließend. Stattdessen werden sie ergänzt durch ein weiteres *De-facto-Zulässigkeitshindernis* in § 91f IRG, welches Fällen Rechnung tragen soll, in denen die

ersuchte Maßnahme nach deutschem Recht nicht vorgesehen ist oder „in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht zur Verfügung stünde“.¹⁹ Neben die erwähnten Zulässigkeitshindernisse werden durch § 91e IRG dann auch noch Bewilligungshindernisse gestellt. Dieses Festhalten am Hergebrachten hat nach der Gesetzesbegründung den Hintergrund, dass „§ 59 Abs. 1 IRG den zuständigen Behörden bei der sonstigen Rechtshilfe bisher ein weites Ermessen zugesteht“.²⁰ Die Zurückweisungsgründe der RL EEA sollen also anscheinend deshalb nicht sämtlich in der Form von bindenden Zulässigkeitshindernissen umgesetzt werden, damit man nicht *hinter* den Zustand der von der Kommission im Jahre 2009 in ihrem Grünbuch²¹ als „langwierig“ und „ineffizient“ geschmähten traditionellen Rechtshilfe zurückfällt. Viel trockener als in der zitierten Passage lässt sich das Per-saldo-Scheitern des Anerkennungsprinzips am Prüfstein der Komplexitäten der Beweisrechtshilfe²² kaum resümieren.

Wie dem auch sei, finden sich nunmehr im Abschnitt über die Europäische Ermittlungsanordnung neben den bindenden Zulässigkeitshindernissen nach §§ 91b und c IRG in § 91e IRG also auch eine Reihe von *Bewilligungshindernissen* und schlussendlich ist auch noch auf die Vorschrift über die *Erledigung des Ersuchens* (§ 91h IRG) aufmerksam zu machen, welche durch ihren ersten Absatz in einer lediglich der Form nach ein wenig unscheinbaren Weise gewährleistet, dass durch eingehende Ersuchen die Richtervorbehalte des deutschen Strafprozessrechts nicht ausgehebelt werden (vgl. II. 2. c).

Im Einzelnen:

a) Zulässigkeitsebene - § 91b und c IRG

aa) Straftaten von erheblicher Bedeutung/Katalogtaten (§ 91b Abs. 1 Nr. 1 IRG)

§ 91b Abs. 1 Nr. 1 IRG macht im Anwendungsbereich der EEA die Vollstreckung eingehender Ersuchen bindend abhängig davon, dass dort, wo die ersuchte Maßnahme nach hiesigem Recht nur für „besonders bezeichnete Straftaten oder Straftaten von einer bestimmten Erheblichkeit“ in Betracht kommt, „die dem Ersuchen zugrunde liegende Tat diese Voraussetzung ... bei gegebenenfalls sinngemäßer Umstellung des Sachverhalts ... erfüllt“. Wo dem nicht der Fall ist, wird es also bereits an der Zulässigkeit der ersuchten Rechtshilfe fehlen. § 91b Abs. 1 Nr. 1 IRG nutzt insoweit die den Mitgliedsstaaten nach Art. 11 Abs. 1 lit. h RL EEA gegebene Möglichkeit, eine EEA nicht anzuerkennen beziehungsweise nicht zu vollstrecken, „wenn die Anwendung der in der EEA angegebenen

¹⁴ BT-Drs. 18/9757, S. 19.

¹⁵ A. a. O., S. 55.

¹⁶ BT-Drs. 18/9757, S. 55 f.

¹⁷ Vgl. BT-Drs. 18/9757, S. 56, 62.

¹⁸ Relevant für Ersuchen aus EU-Mitgliedsstaaten, die sich an der EEA nicht beteiligen (Irland und Dänemark, vgl. Erwägungsgründe 44 und 45 der RL EEA, ABl. L 130 v. 1.5.2014, S. 1, 6), weiterhin für Ersuchen aus denjenigen Staaten, die die Richtlinie (noch) nicht umgesetzt haben und schließlich für solche Ersuchen, die sich auf Maßnahmen beziehen, um die nicht im Wege der EEA ersucht werden kann (vgl. BT-Drs. 18/9757, S. 57).

¹⁹ Vgl. BT-Drs. 18/9757, S. 72 („letztlich ein Versagungsgrund“); in diesem Sinne bereits Rackow, in: Kugelmann/Rackow (Hrsg.), Prävention und Repression im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, 2014, S. 117 (128).

²⁰ BT-Drs. 18/9757, S. 57.

²¹ KOM(2009) 624 endg., S. 4.

²² Rackow, in: Ambos (Hrsg.), Europäisches Strafrecht post-Lissabon, 2011, S. 117 (136).

Ermittlungsmaßnahme nach dem Recht des Vollstreckungsstaats auf eine Liste oder Kategorie von Straftaten oder auf Straftaten, die mit einem bestimmten Mindeststrafmaß bedroht sind, beschränkt ist, und die Straftat, die der EEA zugrunde liegt, keine dieser Straftaten ist“.

Anwendungsfälle ergeben sich ersichtlich dort, wo das deutsche Recht mit Straftatenkatalogen arbeitet (etwa § 100a Abs. 2 StPO) und weiterhin, wo bestimmte Maßnahmen auf Straftaten von erheblicher Bedeutung beschränkt sind. Nach der Gesetzesbegründung liegen schließlich auch dort Konstellationen eines Erfordernisses von „Straftaten von einer bestimmten Erheblichkeit“ i.S. von § 91b Abs. 1 Nr. 1 IRG (Art. 11 Abs. 1 lit. h RL EEA) vor, wo bestimmte Maßnahmen auf Verbrechen beschränkt sind (etwa die DNA-Reihenuntersuchung, § 81h Abs. 1 StPO).²³ Die Gegen Ausnahme des Art. 11 Abs. 2 RL EEA wirkt sich nicht aus.²⁴

Zweifelloos ist es nun *in der Sache* begrüßenswert, dass auch in Zukunft im Rahmen des EU-Rechtshilfeverkehrs die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers für bestimmte Eingriffsmaßnahmen besonders hohe Hürden vorzusehen, die sich gegebenenfalls im Recht von anderen Staaten nicht wiederfinden, nicht durch eingehende EEA unterlaufen werden kann. Gleichzeitig zeigen sich an § 91b Abs. 1 Nr. 1 IRG, Art. 11 Abs. 1 lit. h RL EEA besonders deutlich, dass dort, wo es an einem hinreichenden Maß an Übereinstimmung zwischen dem Recht des ersuchenden und demjenigen des ersuchten Staates fehlt, eine Formal-Umstellung auf das Anerkennungsprinzip am Status-quo-ante wenig zu ändern vermag.

bb) § 91b Abs. 1 Nr. 2 IRG

§ 91b Abs. 1 Nr. 2 IRG setzt die durch Art. 11 Abs. 1 lit. a RL EEA eröffnete Möglichkeit um, eine eingehende EEA nicht anzuerkennen beziehungsweise zu vollstrecken, wenn „Immunitäten und Vorrechte“ entgegenstehen. Die diesbezüglichen Umsetzungsspielräume sind durchaus erheblich: Erwägungsgrund Nr. 20 der RL EEA erklärt explizit, dass die Mitgliedsstaaten die Begriffe Immunitäten und Vorrechte nach ihrem nationalen Recht mit Inhalt füllen müssen, da ein gemeinsames unionsrechtliches Begriffsverständnis fehlt. In der Sache geht es also darum, den rechtskulturell/-soziologisch begründeten Unterschieden der Rechtsordnungen der EU-Mitgliedsstaaten etwa im Bereich der Privilegierung zeugnisverweigerungsberechtigter Berufsgruppen Rechnung zu tragen²⁵ und das Vertrauen der betreffenden Personen in die Geltung der einschlägigen Regelungen ihres Heimatlandes zu

schützen.²⁶ Nach § 91b Abs. 1 Nr. 2 lit. a IRG greift demnach ein bindendes Zulässigkeithindernis ein, wenn Zeugnis- beziehungsweise Auskunftsverweigerungsrechte entgegenstehen oder auf diese „Bezug nehmende Vorschriften“. Gedacht ist insoweit insbesondere an die §§ 97, 100c Abs. 6 und § 160a StPO, sodass der Schutz von Berufsgeheimnisträgern nicht in den Fällen ausgehebelt wird, in denen im ersuchenden Staat diesbezüglich geringere Anforderungen gelten.

§ 91b Abs. 1 Nr. 2 lit. b IRG gewährleistet im Wege des Verweises auf § 77 Abs. 2 IRG die Geltung der einschlägigen Vorschriften über Immunität, Indemnität und Genehmigungsvorbehalte hinsichtlich Durchsuchungen/Beschlagnahmen in Parlamentsräumen sowie durch ausdrückliche Nennung die diplomatische beziehungsweise konsularische Immunität (§§ 18 - 20 GVG).

cc) § 91b Abs. 2 IRG

Im Unterschied zu § 91b Abs. 1 IRG enthält der zweite Absatz kein Zulässigkeithindernis, sondern bestimmt stattdessen, dass es der Zulässigkeit eines Ersuchens nicht etwa entgegensteht, wenn im Fall eines eingehenden Ersuchens in einer Steuer-, Abgaben, Zoll- oder Währungssache das deutsche Recht keine dem Recht des ersuchenden Staates gleichartigen Steuer-, etc.-Bestimmungen kennt. Die Regelung bringt nichts Neues. Eine entsprechende Vorschrift findet sich bereits seit Ende der 1970er Jahre in Art. 2 Nr. 2 ZP-EuRhÜbk.

dd) § 91b Abs. 3 IRG

§ 91b Abs. 3 IRG setzt die „Grundrechteklausele“ des Art. 11 Abs. 1 lit. f RL EEA um. Dass bei der Erledigung eines Ersuchens der ersuchte Staat die Vorgaben des Art. 6 EUV einzuhalten hat, erscheint an sich als eine Selbstverständlichkeit. Indes ist es angesichts der Unsicherheiten hinsichtlich der Frage, inwieweit der Vollstreckungsstaat über die in einem sekundärrechtlichen Instrument enthaltenen Ablehnungsgründe hinausgehend auf Art. 6 EUV zurückgreifen darf,²⁷ zu begrüßen, dass „nach zähen Verhandlungen“²⁸ Art. 11 Abs. 1 lit. f RL EEA in die endgültige Richtlinienfassung eingefügt wurde und eindeutig klarstellt, dass der Vollstreckungsstaat an die europäischen Grundrechte gebunden ist und nicht etwa lediglich im Rahmen der ausdrücklich genannten Ablehnungsgründe die fragliche Maßnahme verweigern darf.

Die Entscheidung, Art. 11 Abs. 1 lit. f RL EEA im Abschnitt über die EEA durch § 91b Abs. 3 IRG umzusetzen und es nicht bei der ansonsten über § 91a Abs. 4 Nr. 1 IRG eingreifenden allgemeinen Vorschrift des § 73 S. 2 IRG

²³ BT-Drs. 18/9757, S. 58.

²⁴ Art. 11 Abs. 2 RL EEA suspendiert den Versagungsgrund nach Art. 11 Abs. 1 lit. h RL EEA, soweit sich das Ersuchen auf eine der in Art. 10 Abs. 2 RL EEA positiv gelisteten niedrighwelligen Ermittlungsmaßnahmen bezieht (vgl. u. Fn. 46). Die auf der Positivliste geführten Maßnahmen sind nach deutschem Recht aber nicht „auf eine Liste oder Kategorie von Straftaten oder auf Straftaten, die mit einem bestimmten Mindeststrafmaß bedroht sind, beschränkt“. Art. 11 Abs. 2 RL EEA läuft infolgedessen leer.

²⁵ Vgl. bereits *Ambos*, ZIS 2010, 557 (563). Die Unterschiede können erheblich sein. So billigt § 157 östStPO praktischen Ärzten im Unterschied zu § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO kein Aussageverweigerungsrecht zu; dieses und weitere Beispiele bei *Schuster*, StV 2015, 393 (397).

²⁶ *Schuster*, StV 2015, 393 (397).

²⁷ Vgl. insoweit die ausführliche Kritik an den *EuGH*-Entscheidungen Radu (*EuGH*, v. 29.1.2013, Rs. C-396/11, NJW 2013, 1145) und Melloni (*EuGH*, v. 26.2.2013, Rs. C-399/11, NJW 2013, 1215) bei *Ambos/Poschadel*, in: *Ambos/König/Rackow*, Rechtshilfe recht in Strafsachen, 2015, Hauptteil 1 Rn. 70 ff.

²⁸ *Zimmermann*, ZStW 127 (2015), 143 (157).

bewenden zu lassen, soll insoweit eine Verbesserung des Grundrechtsschutzes bringen als bereits „berechtigte Gründe“ die Unzulässigkeit auslösen. Berechtigte Gründe in diesem Sinne, die dem Ersuchen die Zulässigkeit nehmen, sollen bereits dann gegeben sein, wenn die zuständige deutsche Stelle anhand der vorliegenden Informationen nicht auszüräumende plausible Zweifel an der Grundrechtskonformität hegt.²⁹ Soweit nun bei alledem Art. 11 Abs. 1 lit. f RL EEA wie auch § 91b Abs. 3 IRG den Akzent auf die Vollstreckung beziehungsweise Erledigung zu setzen scheinen,³⁰ wird man erstens berücksichtigen müssen, dass eine trennscharfe Unterscheidung zwischen der Frage der Grundrechtswidrigkeit der Vollstreckung/Erledigung und derjenigen nach der Grundrechtswidrigkeit der Anordnung/des Ersuchens wohl gar nicht durchhaltbar ist.³¹ Denn die Grundrechtswidrigkeit der Vollstreckung/Erledigung einer bestimmten Maßnahme kann sich aus den Umständen der Vollstreckung/Erledigung ergeben, aber eben fallweise auch daraus, dass die Vollstreckung/Erledigung aufgrund Grundrechtswidrigkeit der Anordnung/des Ersuchens von vornherein ungeeignet oder unangemessen ist. Zweitens kommt in den Fällen, in denen die Sachfehlerhaftigkeit der Anordnung/des Ersuchens auf die Vollstreckung/Erledigung „durchschlägt“³², ein Vorgehen nach § 91f Abs. 2 Nr. 2 i.V. mit Abs. 5 IRG in Betracht (vgl. unten II. 2. a ff).³³

ee) Verzicht auf die Prüfung der beiderseitige Strafbarkeit (§ 91b Abs. 4 IRG)

§ 91b Abs. 4 IRG modifiziert die praktisch sehr bedeutsamen Vorschriften der §§ 66 Abs. 2 Nr. 1 und 67 Abs. 1 und 2 IRG über die Herausgabe von (Beweis-)Gegenständen beziehungsweise deren Erlangung durch Durchsuchung und Beschlagnahme dahingehend, dass auf die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit zu verzichten ist, soweit sich ein eingehendes Ersuchen auf eine Tat aus einer der in Anhang D zu Art. 11 der RL EEA aufgeführten Deliktskategorie bezieht und im Höchstmaß mit mindestens drei Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist. Hier findet sich eine Regelung des neuen Abschnitts über die Europäische Ermittlungsanordnung, die tatsächlich strukturell dem Anerkennungsprinzip entspricht. Und demgemäß ergibt sich bei § 91b Abs. 4 IRG – wie schon bei anderen mit derartigen Listen operierenden Instrumenten auf Basis des Anerkennungsprinzips – die Situation, dass die Liste notwendigerweise eine Art Ausdruck eines kleinsten gemeinsamen Nenners darstellt. Insoweit mag es zwar durchaus sein, dass sich keine praktischen Probleme bei der Anwendung der Regelung ergeben werden, weil die Zugehörigkeit der Tat zu einer Listenkategorie, auf die sich ein

Ersuchen bezieht, von der Definition durch den ersuchenden Staat abhängt und in Zweifelsfällen Rücksprache mit dem ersuchenden Staat genommen werden kann.³⁴ Nichtsdestotrotz mutet es ein wenig beliebig an, dass (im Unterschied zu der Regelung des Art. 2 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl) im Anwendungsbereich der EEA die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit beim „Diebstahl in organisierter Form oder mit Waffen“ deshalb weiterhin vorgesehen ist und (erst) beim „Raub in organisierter Form oder mit Waffen“ entfällt, weil dies dem englischen Sprachgebrauch („robbery“) besser entsprechen soll.³⁵ Wie dem auch sei, wird der in § 91b Abs. 3 IRG angelegte Verzicht auf die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit durch § 91e Abs. 1 Nr. 3 IRG (auf Bewilligungsebene) für Inlandstaaten wieder zurückgenommen. § 91e Abs. 1 Nr. 3 IRG, der das Erfordernis beiderseitiger Strafbarkeit mit dem Territorialitätsprinzip kombiniert, ermöglicht nämlich die Verweigerung der Bewilligung bei Fehlen der beiderseitigen Strafbarkeit auch in den Fällen, in denen § 91b Abs. 3 IRG an sich einen Verzicht auf die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit vorsieht (näher u. II. 2. b cc).³⁶

ff) Fehlen der ersuchten Maßnahme (§ 91f IRG)

Ein etwas versteckt außerhalb der §§ 91b und c IRG geregeltes, wenn man so will: verkapptes Zulässigkeitshindernis findet sich – wie bereits angedeutet – in § 91f IRG³⁷. Diese Regelung nutzt den faktischen Versagungsgrund des Art. 10 Abs. 1 i.V. mit Abs. 5 RL EEA und trägt denkbaren Fällen Rechnung, in denen die ersuchte Maßnahme dem deutschen Strafprozess gar nicht bekannt ist³⁸ oder „in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht zur Verfügung stünde“ (Abs. 2 Nr. 2). Letzteres kann sich nun nach der Gesetzesbegründung etwa daraus ergeben, dass „die erbetene Ermittlungsmaßnahme nur bei Straftaten von gewisser Schwere, nur gegen Personen, gegen die bereits bestimmte Verdachtsmomente bestehen, oder nur mit Zustimmung der betreffenden Personen durchgeführt werden könnten“.³⁹ § 91f Abs. 2 Nr. 2 IRG muss man insoweit – wie bereits erwähnt – als eine Ergänzung des § 91b Abs. 1 Nr. 1a IRG sehen, die insbesondere Fälle im Auge hat, in denen sich die fragliche Maßnahme mit Blick auf das Gewicht des Vorwurfs beziehungsweise die Verdachtsmomente als unverhältnismäßig darstellt.⁴⁰

Existiert nun in einem derartigen Fall auch „keine andere Ermittlungsmaßnahme, mit der das gleiche Ergebnis erzielt werden kann“, endet das Verfahren gem. § 91f Abs. 6 IRG sang- und klanglos mit der Mitteilung gegen-

²⁹ BT-Drs. 18/9757, S. 60.

³⁰ Art. 11 Abs. 1 lit. f RL EEA („berechtigte Gründe für die Annahme bestehen, dass die Vollstreckung einer in der EEA angegebenen Ermittlungsmaßnahme mit den Verpflichtungen des Vollstreckungsstaats nach Artikel 6 EUV und der Charta unvereinbar wäre“); § 91b Abs. 3 IRG („wenn berechtigte Gründe für die Annahme bestehen, dass die Erledigung des Ersuchens mit den Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland nach Artikel 6 des Vertrags über die Europäische Union und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union unvereinbar wäre“), Hervorh. durch den Verf.

³¹ Zimmermann, ZStW 127 (2015), 143 (158) mit Beispielen.

³² Zimmermann, a.a.O.

³³ BT-Drs. 18/9757, S. 59 u. 72: „Anders als nach dem allgemeinen Zurückweisungsgrund aus Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe f der RL EEA, der mit § 91b Absatz 3 IRG-E umgesetzt wird, lassen sich hier auch Verhältnismäßigkeitsprobleme mit Blick auf die Anordnung der Maßnahme durch den ersuchenden Mitgliedstaat auffangen“.

³⁴ BT-Drs. 18/9757, S. 62.

³⁵ Zimmermann, ZStW 127 (2015), 143 (160 f.).

³⁶ BT-Drs. 18/9757, S. 68.

³⁷ Vgl. Nachw. o. in Fn. 19.

³⁸ Die Begründung des Referentenentwurfs nennt insoweit beispielhaft Ersuchen um Online-Durchsuchungen, BT-Drs. 18/9757, S. 72.

³⁹ BT-Drs. 18/9757, S. 72.

⁴⁰ A.a.O.

über der ersuchenden ausländischen Stelle, dass die erbetene Unterstützung unmöglich ist.⁴¹ Entscheidend ist insoweit folglich, ob das „gleiche Ergebnis“ auch anderweitig zu erreichen ist. Dies nun kann nach der Gesetzesfassung nicht bereits dann angenommen werden, wenn die Alternativmaßnahme, was vielfach der Fall sein wird, *irgendwelche* Resultate erwarten lässt;⁴² die Gesetzesbegründung bleibt hinsichtlich dieses durchaus neuralgischen Punktes leider etwas vage:⁴³ „[E]ine Durchsuchung und Beschlagnahme [könne] in geeigneten Fällen durch ein Herausgabeverlangen ersetzt werden.“ Nun erscheint die Ersetzung einer Durchsuchung/Beschlagnahme durch ein Herausgabeverlangen dort als wenig erfolgsgünstig, wo klar ist, dass einem Herausgabeverlangen für den Fall, dass der Betroffene diesem nicht nachkommt, keine Durchsuchung/Beschlagnahme nachfolgen wird, weil diese nach Lage der Dinge nicht zur Verfügung steht. Wie auch immer, dürfte es beinahe schon eine Art Understatement darstellen, wenn die Gesetzesbegründung mit Bezug auf § 91f Abs. 2, 6 IRG davon spricht, dass diesen Regelungen „zentrale Bedeutung für das Verfahren nach der RL EEA“ zukommen wird.⁴⁴

Im Unterschied zum Referentenentwurf, der einen dritten Absatz des § 91f IRG mit der Klarstellung „Absatz 2 findet keine Anwendung auf Ermittlungsmaßnahmen, die in Artikel 10 Absatz 2 der Richtlinie Europäische Ermittlungsanordnung aufgeführt sind“⁴⁵ vorsah, enthält § 91f IRG keinen Hinweis auf die „Positivliste“ der RL EEA. Diese enthält eine Reihe von niedrigschwelligen Maßnahmen bezüglich derer der ersuchte Staat sich nicht darauf zurückziehen können soll, dass die ersuchte Maßnahme nach seinem Recht gar nicht vorgesehen ist oder in einem entsprechenden innerstaatlichen Fall nicht zur Verfügung stehen würde.⁴⁶ Die Gesetzesbegründung erklärt in diesem Zusammenhang, dass die Positivliste nicht im nationalen Recht umgesetzt werden musste, weil sie zum einen niedrigschwellige Maßnahmen enthält, welche bereits in der Vergangenheit nur in Ausnahmefällen abgelehnt wurden. Zum anderen – und wichtiger noch – konnte auf die Umsetzung verzichtet werden, weil die Positivliste aufgrund des ausschließlichen Bezugs des Art. 10 Abs. 2

RL EEA auf die Fälle des Rückriffs auf andere Ermittlungsmaßnahmen, einer Ablehnung eines Ersuchens nach § 91b Abs. 3 IRG nicht entgegensteht⁴⁷. Exemplarisch: Ein sich im konkreten Fall als unverhältnismäßig darstellendes Ersuchen um Identifizierung des Inhabers eines Telefonanschlusses oder einer IP-Adresse kann zwar aufgrund der Positivlistung dieser Maßnahme nicht nach § 91f IRG abgehandelt werden. Durchaus möglich bleibt aber die Ablehnung nach § 91b Abs. 3 IRG, da § 91b IRG einen Versagungsgrund i.S. des Art. 11 RL EEA darstellt, welchen § 10 Abs. 2 RI EEA unberührt lässt („Unbeschadet des Art. 11“).

gg) Zulässigkeit besonderer Formen der Rechtshilfe (§ 91c IRG)

§ 91c IRG ergänzt die allgemeinen Zulässigkeitshindernisse des § 91b IRG um Zulässigkeitsvoraussetzungen für besondere Formen der Rechtshilfe. Die Vorschrift erfasst heterogene Konstellationen. So macht Abs. 1 die Zulässigkeit eines Ersuchens um audiovisuelle Vernehmung von der Zustimmung der Auskunftsperson abhängig.⁴⁸ Abs. 2 behandelt dann Fälle, in denen die Zulässigkeit eines eingehenden Ersuchens nicht nur an den allgemeinen Zulässigkeitshindernissen scheitern kann, sondern für die zudem positiv erforderlich ist, dass i.S. des § 59 Abs. 3 IRG „die Voraussetzungen vorliegen, unter denen deutsche Gerichte oder Behörden einander in entsprechenden Fällen Rechtshilfe leisten könnten“. Die Vorschrift stellt für ihren Anwendungsbereich die einschränkungs- beziehungsweise modifikationslose Fortgeltung des § 59 Abs. 3 IRG klar.⁴⁹ Dies betrifft zunächst nach Nummer 1 eingehende Ersuchen, die sich auf Maßnahmen nach § 1 Abs. 2 IRG beziehen: Soweit sich ein Ersuchen also nach hiesigem Rechtsverständnis lediglich auf eine *Ordnungswidrigkeit* bezieht, verbleibt es bei dem jetzigen Rechtszustand. Nummer 2 lit. a und b tragen im Rahmen der Art. 26 Abs. 6, 27 Abs. 5 RL EEA dem Umstand Rechnung, dass Auskünfte hinsichtlich Konten beziehungsweise Kontenbewegungen bei „Finanzinstitut(en) außerhalb des Banksektors“ gem. § 24c KWG nicht in dem Umfang vorgesehen sind wie bei Kreditinstituten.⁵⁰ Entsprechenden Ersuchen darf also nur unter den Voraussetzun-

⁴¹ A.a.O., S. 73.

⁴² Vgl. Rackow, in: Kugelmann/Rackow (Hrsg.), Prävention und Repression im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, 2014, S. 117 (129).

⁴³ BT-Drs. 18/9757, S. 71.

⁴⁴ BT-Drs. 18/9757, S. 72.

⁴⁵ Referentenentwurf S. 8 u. 74, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_InternationaleRechtshilfeStrafsachen.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 7.3.2017).

⁴⁶ „Unbeschadet des Art. 11 gilt Abs. 1 nicht für folgende Ermittlungsmaßnahmen, die nach dem Recht des Vollstreckungsstaats stets zur Verfügung stehen müssen:

- a) die Erlangung von Informationen oder Beweismitteln, die sich bereits im Besitz der Vollstreckungsbehörde befinden, wenn die Informationen oder Beweismittel nach dem Recht des Vollstreckungsstaats im Rahmen eines Strafverfahrens oder für die Zwecke der EEA hätten erlangt werden können;
- b) die Erlangung von Informationen, die in Datenbanken der Polizei oder der Justizbehörden enthalten sind und zu denen die Vollstreckungsbehörde im Rahmen eines Strafverfahrens unmittelbar Zugang hat;
- c) die Vernehmung eines Zeugen, eines Sachverständigen, eines Opfers, einer verdächtigen oder beschuldigten Person oder einer dritten Partei im Hoheitsgebiet des Vollstreckungsstaats;
- d) eine nicht invasive Ermittlungsmaßnahme nach Maßgabe des Rechts des Vollstreckungsstaats;
- e) die Identifizierung von Inhabern eines bestimmten Telefonanschlusses oder einer bestimmten IP-Adresse.“

⁴⁷ BT-Drs. 18/9757, S. 26 f.

⁴⁸ Näher a.a.O., S. 62.

⁴⁹ A.a.O., S. 63.

⁵⁰ A.a.O., S. 63.

gen des § 59 Abs. 3 IRG nachgekommen werden. Gleiches gilt nach lit. c für „Ermittlungsmaßnahmen, die auf eine gewisse Dauer angelegt sind“. Lit. aa - dd bezeichnen insoweit drei Typen von Echtzeitmaßnahmen lediglich beispielhaft.⁵¹ § 91c Abs. 3 IRG schließlich erweitert die Möglichkeiten, inländisch inhaftierte Personen für Zwecke eines ausländischen Verfahrens vorübergehend zu überstellen.

hh) Verwendung der nach der RL EEA vorgegebenen Formblätter/Unterlagen (§ 91d IRG)

§ 91d IRG nutzt die diesbezüglichen Umsetzungsspielräume zu einer Regelung, die die Verwendung des Richtlinienformblatts bindend macht. Abs. 3 sieht indes ein Rückspracheverfahren vor, wenn im Falle eines eingehenden Ersuchens das Formblatt „unvollständig oder offensichtlich unrichtig ausgefüllt“ worden ist.⁵²

b) Bewilligungsebene - § 91e IRG

§ 91e Abs. 1 IRG enthält diverse Bewilligungshindernisse. Zudem kann die Bewilligung nach Abs. 2 *aufgeschoben* werden, wenn die Beeinträchtigung laufender anderer Strafvermittlungen droht oder die Beweismittel, auf die sich das Ersuchen bezieht, in anderweitigen Verfahren verwendet werden. Die zweitgenannte Alternative ist insoweit im Vergleich zu der verwandten Vorschrift des § 94 Abs. 3 Nr. 2 IRG weiter gefasst als die anderen Verfahren keine Strafverfahren sein müssen.⁵³

Was den zentralen ersten Absatz des § 91e IRG anbelangt, ergibt sich das folgende Bild:

aa) § 91e Abs. 1 Nr. 1 IRG

Abs. 1 Nr. 1 erlaubt die Versagung der Bewilligung, wenn „wesentliche Sicherheitsinteressen des Bundes oder der Länder beeinträchtigt“ oder Quellen gefährdet würden oder zur Erledigung des Ersuchens auf geheimdienstliche Verschlussachen zugegriffen werden müsste. Die Ausgestaltung als Bewilligungs- und nicht als Zulässigkeithindernis soll eine flexible Handhabung ermöglichen:⁵⁴ Beispielsweise könnte ein Ersuchen bewilligt werden, dessen Erledigung zwar einerseits Quellen gefährden würde, andererseits aber zum Schutz hochrangiger Rechtsgüter beitragen kann, etwa des Lebens von Geiseln.

bb) § 91e Abs. 1 Nr. 2 IRG

Abs. 1 Nr. 2 ermöglicht dann die Versagung der Bewilligung, soweit ein Verstoß gegen das Doppelbestrafungsverbot droht. Die Berücksichtigung des Ne-bis-in-idem-Grundsatzes erst auf der Ebene der Bewilligungsentscheidung leuchtet ein, da es in dem typischerweise frühen Verfahrensstadium der Beweisrechtshilfe vielfach noch nicht

klar sein wird, ob sich Verfahren auf einen identischen Sachverhalt beziehen.⁵⁵

cc) § 91e Abs. 1 Nr. 3 IRG

Ein in grenzüberschreitenden Sachverhalten potenziell durchaus wirkmächtiges Bewilligungshindernis findet sich dann in § 91e Abs. 1 Nr. 3 IRG. Diese Norm verbindet auf der Basis des Art. 11 Abs. 1 lit. e RL EEA das Territorialitätsprinzip mit dem Erfordernis beiderseitiger Strafbarkeit⁵⁶ in der Weise, dass ein Ersuchen abgelehnt werden kann, das sich auf eine Tat bezieht, die im Inland oder außerhalb des Territoriums des ersuchenden Staates an Bord eines deutschen Schiffes oder Flugzeugs (§ 4 StGB) begangen worden ist *und* nach deutschem Recht weder eine Straftat noch auch nur eine Ordnungswidrigkeit darstellt. Der Gesetzgeber will mit § 91e Abs. 1 Nr. 3 IRG dem Vertrauen in die eigene Rechtsordnung sowie dem Interesse an Nichtverfolgung im Ausland Rechnung tragen.⁵⁷

Demgemäß ist es beispielsweise möglich einem auf Durchsuchung/Beschlagnahme wegen einer *Inlandstat* gerichteten Ersuchen, das nicht bereits nach § 91b Abs. 4 IRG abgelehnt werden kann (vgl. oben II. 2. a ee), da die Tat nach dem Verständnis des ersuchenden Staates der Straftatenkategorie „Betrug“ nach Spiegelstrich 24 des Anhang D zu Art. 11 RL EEA zugehört, gem. § 91e Abs. 1 Nr. 3 IRG die Bewilligung zu versagen, wenn das dem Ersuchen zugrunde liegende Geschehen nicht einmal bei sinngemäßer Umstellung des Sachverhalts nach deutschem Recht nach § 263 StGB oder irgendeinem anderen Strafgesetz erfassbar ist.⁵⁸

dd) § 91e Abs. 1 Nr. 4 IRG

§ 91a Abs. 1 Nr. 4 IRG betrifft den Fall, dass ein Ersuchen eines Mitgliedsstaates darauf gerichtet ist, einen dort Inhaftierten für Zwecke des in dem ersuchenden Staat geführten Verfahrens vorübergehend ins Inland zu überstellen. Soweit die betroffene Person dem nicht zustimmt, kann die Bewilligung des entsprechenden Ersuchens abgelehnt werden. Es leuchtet ein, für diese Konstellation eine flexible Regelung zu treffen, die eine Ablehnung ermöglicht, wenn der mit der zeitweisen Überstellung verbundene Aufwand und die Belastungen für den Betroffenen in keinem angemessenen Verhältnis zum Ermittlungsnutzen stehen, was etwa der Fall sein wird, wenn die im Inland durchzuführende Ermittlungsmaßnahme die Kooperationsbereitschaft des Betroffenen voraussetzt.⁵⁹

ee) § 91e Abs. 1 Nr. 5 IRG

§ 91a Abs. 1 Nr. 4 IRG setzt die Vorgaben des Art. 29 RL EEA über die Unterstützung bei verdeckten personalen Ermittlungen um. Insoweit sieht Art. 29 Abs. 4

⁵¹ Etwa solche nach den §§ 100c und 100f StPO, BT-Drs. 18/9757, S. 64.

⁵² BT-Drs. 18/9757, S. 65 ff.

⁵³ Es sollen etwa auch Asylverfahren oder Verfahren vor parlamentarischen Untersuchungsausschüssen in Betracht kommen (BT-Drs. 18/9757, S. 70).

⁵⁴ BT-Drs. 18/9757, S. 67 f.

⁵⁵ A.a.O., S. 68.

⁵⁶ Vgl. Böse, ZIS 2014, 152 (154).

⁵⁷ BT-Drs. 18/9757, S. 68.

⁵⁸ Zum Erfordernis beiderseitiger Strafbarkeit vgl. allgemein etwa Ambos/Poschadel, in: Ambos/König/Rackow, Rechtshilferecht in Strafsachen, 2015, Hauptteil 1 Rn. 53 ff. sowie Kubiciel, in: Ambos/König/Rackow, Rechtshilferecht in Strafsachen, 2015, Hauptteil 2 Rn. 25 ff. zu Einzelheiten der Prüfung der gegenseitigen Strafbarkeit, jew. m.w.N.

⁵⁹ BT-Drs. 18/9757, S. 69.

RL EEA – der geübten Praxis gemäß⁶⁰ – vor, dass „die genauen Voraussetzungen und die Rechtsstellung der betreffenden Beamten“ zwischen dem ersuchenden und dem ersuchten Staat verabredet werden. Art. 29 Abs. 3 lit. b RL EEA ermöglicht es den Mitgliedsstaaten, die Rechts- hilfe zu versagen, wenn das Zustandekommen einer dementsprechenden Übereinkunft scheitert. Der Sensibilität und (auch rechtlichen) Komplexität grenzüberschreitender verdeckter personaler Ermittlungen entsprechend, stellt sich die Situation im Ergebnis damit so dar, dass es die zuständigen inländischen Behörden in der Hand haben, die Nichtbewilligung eines Ersuchens herbeizuführen. Wenn auch in den Fällen des § 91e Abs. 1 Nr. 5 IRG dem Gesetzeswortlaut nach die Bewilligung nicht abgelehnt werden muss, sondern nur abgelehnt werden kann, ist es schlicht nicht denkbar, dass ein Ersuchen um den Einsatz verdeckter Ermittler bewilligt wird, obwohl die zuständigen Behörden die Absprachen zu den Rahmenbedingungen des Einsatzes i.S. des Art. 29 Abs. 4 RL EEA als gescheitert betrachten.⁶¹

c) Erledigung des Ersuchens; insbes. Richtervorbehalt – § 91h IRG

Die Zentralaussage des § 91h IRG findet sich in dessen erstem Absatz und stellt klar, dass eingehende Ersuchen (nach wie vor) „nach denselben Vorschriften auszuführen sind, die gelten würden, wenn das Ersuchen von einer deutschen Stelle gestellt worden wäre; dies gilt auch für Zwangsmaßnahmen, die bei der Erledigung des Ersuchens notwendig werden“. Diese eng an Nr. 22 Abs. 1 RiVSt⁶² angelehnte Vorschrift⁶³ ist vor dem Hintergrund der Besorgnis zu sehen, dass ein auf dem Anerkennungsprinzip basierendes Beweisrechtshilfeinstrument die innerstaatlich gegebenen Richtervorbehalte in den Fällen ins Leere laufen lassen könnte, in denen nach dem Recht des anderen Staates die ersuchte Maßnahme keiner richterlichen Anordnung bedarf.⁶⁴ Diese Bedenken, dies muss unterstrichen werden, waren durchaus berechtigt. Denn in der Tat sollten nach dem ursprünglichen Richtlinienvorschlag Richter, Staatsanwälte und des Weiteren „jede andere vom Anordnungsstaat bezeichnete Justizbehörde, die

in einem Einzelfall in ihrer Eigenschaft als Ermittlungsbehörde in einem Strafverfahren nach nationalen Recht in dem betreffenden Fall für die Anordnung der Erhebung von Beweismitteln zuständig ist“, mit – in der Logik gegenseitiger Anerkennung – für den Vollstreckungsstaat bindender Wirkung eine Europäische Ermittlungsanordnung ausstellen können.⁶⁵ Im Zuge der Beratungen des Vorschlags ist die Richtlinie insoweit jedoch in zweierlei Hinsicht modifiziert worden. Erstens erfordert Art. 1 Abs. 1 S. 1, 2 lit. c Ziff. I, ii RL EEA nunmehr die zumindest staatsanwaltschaftliche „Validierung“ der Anordnungen. Zweitens – wichtiger noch – wird nach Art. 2 d RL EEA in aller Deutlichkeit Raum geschaffen für eine Umsetzung der Richtlinie, die die Umsetzung eines Ersuchens abhängig macht von einer richterlichen Anordnung im Vollstreckungsstaat.⁶⁶ Und ebendieser geschaffene Spielraum wird durch § 91h Abs. 1 IRG umgesetzt.⁶⁷

Somit bleibt es für die Fälle, in denen Deutschland als Vollstreckungsstaat agiert, „bei den nationalen Richtervorbehalten, die in dem deutschen Verfahrensrecht für bestimmte Ermittlungsmaßnahmen vorgesehen sind“.⁶⁸ Unsicherheiten stehen in diesem Zusammenhang indes im Raum hinsichtlich des richterlichen Prüfungsprogramms, das in den einschlägigen Konstellationen gilt. Der Gesetzgeber möchte die Klärung insoweit „der Rechtspraxis überlassen“.⁶⁹ Hintergrund der offenen Fragen ist dabei auf der Ebene der RL EEA das Zusammenspiel von Art. 14 Abs. 2 Hs. 1 und 2 RL EEA. Halbsatz 1 sieht vor, dass „[d]ie sachlichen Gründe für den Erlass der EEA ... nur durch eine Klage im Anordnungsstaat angefochten werden [können]“. Soll damit die eventuelle gerichtliche Kontrolle im Vollstreckungsstaat die Sachgründe für den Erlass der EEA ausdrücklich gerade nicht umfassen, so könnte dies dafür sprechen, dass auch der richterlichen Anordnung, wo sie denn innerstaatlich vorgesehen ist, keine Tatverdachtsprüfung zugrunde zu legen ist.⁷⁰ Anders als etwa Art. 11 Abs. 2 RB Sicherstellung⁷¹ enthält Art. 14 Abs. 2 RL EEA jedoch einen relativierenden zweiten Halbsatz, demzufolge „die Garantien der Grundrechte

⁶⁰ Vgl. zu verdeckten personalen Ermittlungen im EU-Rahmen Rackow, Die Polizei 2013, 305.

⁶¹ BT-Drs. 18/9757, S. 69.

⁶² „Hält die Bewilligungsbehörde die Voraussetzungen für die Leistung der Rechtshilfe für gegeben, so ist das Ersuchen, soweit nicht gesetzlich oder vertraglich etwas anderes bestimmt ist, von der Vor-nahmebehörde nach denselben Vorschriften auszuführen, die gelten würden, wenn das Ersuchen von einer deutschen Behörde gestellt worden wäre; dies gilt auch für Zwangsmaßnahmen, die bei der Erledigung des Ersuchens notwendig werden (§ 59 Absatz 3, § 77 IRG). Besonderen Wünschen der ersuchenden Behörde ist zu entsprechen, soweit nicht zwingende Vorschriften entgegenstehen“.

⁶³ BT-Drs. 18/9757, S. 74.

⁶⁴ Vgl. nur Brand, DRiZ 2010, 317; Heydenreich, StraFo 2012, 439 (443) sowie die DRB-Stellungnahme 29/10, abrufbar unter: <http://www.drb.de/?id=658> (zuletzt abgerufen am 7.3.2017); schließlich Schuster, StV 2015, 393 (396): „Das wäre gegenseitige Anerkennung in Reinform, ein echter Paradigmenwechsel“.

⁶⁵ Art. 2 lit. a ii Richtlinienvorschlag über eine Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, Ratsdok. 9145/10 v. 29.4.2010 u. 11735/11 v. 17.6.2011, überinst. Dossier 2010/0817[COD]. Dazu, dass auch Polizeibehörden als Justizbehörden i.w.S. des ursprünglichen Vorschlags in Betracht kamen Rackow, in: Ambos (Hrsg.), Europäisches Strafrecht post-Lissabon, 2011, S. 117 (126) m.w.N.

⁶⁶ Art. 2 lit. d RL EEA lautet wie folgt: „Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck: ... Vollstreckungsbehörde“ eine Behörde, die für die Anerkennung einer EEA und für die Sicherstellung ihrer Vollstreckung gemäß dieser Richtlinie und den in vergleichbaren innerstaatlichen Fällen anzuwendenden Verfahren zuständig ist. Gegebenenfalls erfordern derartige Verfahren eine richterliche Genehmigung im Vollstreckungsstaat, sofern das nationale Recht dieses Staates dies vorsieht“.

⁶⁷ „Liegen die Voraussetzungen für die Leistung der Rechtshilfe vor, ist das Ersuchen nach § 91d Absatz 1 nach denselben Vorschriften auszuführen, die gelten würden, wenn das Ersuchen von einer deutschen Stelle gestellt worden wäre; dies gilt auch für Zwangsmaßnahmen, die bei der Erledigung des Ersuchens notwendig werden“.

⁶⁸ Vgl. hierzu BT-Drs. 18/9757, S. 20.

⁶⁹ A.a.O., S. 31.

⁷⁰ Vgl. Böse, ZIS 2014, 152 (157).

⁷¹ Vgl. BT-Drs. 18/9757, S. 31.

im Vollstreckungsstaat unberührt“ bleiben.⁷² Und es tritt noch hinzu, dass die RL EEA ersichtlich davon ausgeht, dass die Vollstreckungsbehörde jedenfalls die Verhältnismäßigkeit der ersuchten Maßnahme prüft.⁷³ Insoweit zeigt dann das Beispiel der Ungeeignetheit einer Wohnungsdurchsuchung bei einem „eindeutig Unschuldigen“,⁷⁴ dass die Sachfehlerhaftigkeit einer EEA auf die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme durchschlagen kann.⁷⁵ Vor diesem Hintergrund wird bei eingehenden Ersuchen anhand der Angaben in Abschnitt G Nummer 1 des Anhangs A⁷⁶ eine richterliche Prüfung vorzunehmen sein, die zumindest zu dem Zweck der Feststellung der Verhältnismäßigkeit der ersuchten Maßnahme deren Sachgründe einbezieht. Andernfalls würde der deutsche Richter in der Tat, wie von Heydenreich befürchtet, zum „Grüß-Gott-August“ verkommen.⁷⁷ Man mag insoweit angesichts des Umstands, dass über die Angaben nach Abschnitt G Nummer 1 des Anhangs A hinaus Beweise und Ermittlungsergebnisse, die einer EEA zugrunde liegen, nicht mitgeliefert werden müssen,⁷⁸ von einer *Plausibilitätsprüfung* sprechen.⁷⁹

§ 91h Abs. 2 IRG über die Einhaltung der vom ersuchenden Staat angegebenen „Formvorschriften oder Verfahrensvorschriften“ folgt dem Grundsatz des *forum regit actum*⁸⁰ und entspricht insoweit Art. 1 Abs. 1 EU-RhÜbk. Auch im Anwendungsbereich der EEA muss entsprechenden Wünschen demgemäß also nur im Rahmen des § 73 S. 1 IRG nachgekommen werden.⁸¹ Gleichwohl wäre eine eindeutige Klarstellung in § 91h IRG wünschenswert gewesen, ob ausschließlich solche „Formvorschriften oder Verfahrensvorschriften“ von dem ersuchenden Staat angegeben werden können, die der Sicherstellung der Verwertbarkeit der zu erhebenden Beweise dienen oder ob hierüber hinaus auch Vorgaben möglich sein sollen, welche lediglich die ermittlungstaktischen Erfolgchancen verbessern sollen.⁸² In der Literatur ist darauf hingewiesen worden, dass hinsichtlich dieser Frage Klärungsbedarf besteht, zumal Art. 9 Abs. 1, 2 RL EEA sich durchaus so lesen lässt, dass nicht lediglich der Sicherung der Beweis-

verwertbarkeit dienende Vorgaben gemacht werden können.⁸³

d) Fristen (§ 91g IRG)

§ 91g IRG setzt die Vorschriften nach Art. 12, 32 RL EEA über die Fristen für die Anerkennung und Vollstreckung in das deutsche Recht um. Die Fristen bei den Bearbeitung eingehender Ersuchen - Bewilligung spätestens binnen 30 Tagen beziehungsweise im Falle der Sicherstellung „so weit möglich innerhalb von 24 Stunden“⁸⁴, Erledigung spätestens binnen 90 Tagen (§ 91g Abs. 1, 2 IRG) – werden neben der Vorgabe der Verwendung standardisierter Formulare als die „wesentliche[] Neuerung[]“ der EEA gehandelt.⁸⁵

3. Rechtsschutz (§ 91i IRG)

Das (Individual-)Rechtsschutzsystem im Bereich der sonstigen Rechtshilfe ist rudimentär, komplex und nicht in allen Punkten abschließend geklärt: Ein eigenes Antragsrecht, die Zulässigkeit einer ersuchten Maßnahme durch das *OLG* überprüfen zu lassen, steht dem Betroffenen gem. § 61 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 IRG allein in den Fällen der Herausgaberechtshilfe (§ 66 IRG) zu.⁸⁶ Im Übrigen kann der Betroffene die gerichtliche Überprüfung der Zulässigkeit der fraglichen Maßnahme im Sinne der „Integrationslösung“ lediglich dadurch erreichen, dass er den innerstaatlichen Umsetzungsakt, die „Vornahme“ mit dem jeweils einschlägigen Rechtsbehelf angreift (§ 98 Abs. 2 S. 2 StPO, ggf. auch analog, beziehungsweise § 304 StPO); das diesbezüglich zuständige Gericht ist zwar nicht „im eigentlichen Sinne von § 61 Abs. 1 S. 1 IRG für die Leistung der Rechtshilfe zuständig“, wird aber gleichwohl richtigerweise dem *OLG* vorlegen, wenn es beispielsweise im Zusammenhang mit einer im Beschwerde-

⁷² BT-Drs. 18/9757, S. 31 („Hierdurch erfährt der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung eine Einschränkung“).

⁷³ Vgl. Böse, ZIS 2014, 152 (158): Nach Art. 6 Abs. 3 S. 1 RL EEA kann die Vollstreckungsbehörde die Anordnungsbehörde konsultieren, wenn sie Zweifel an der Verhältnismäßigkeit hat; nach Art. 10 Abs. 3 RL EEA kann bei der Vollstreckung auf eine weniger eingriffsintensive Maßnahme zurückgegriffen werden, was die Prüfung der Erforderlichkeit impliziert; auch die Frage, ob eine Maßnahme „in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht zur Verfügung stehen würde“ (Art. 10 Abs. 1 lit. b RL EEA) lässt sich offensichtlich nicht ohne Verhältnismäßigkeitsprüfung beantworten (vgl. auch o. II. 2. a ff).

⁷⁴ Bei Zimmermann, ZStW 127 (2015), 143 (158).

⁷⁵ BT-Drs. 18/9757, S. 31.

⁷⁶ ABI L 130 v. 1.5.2014, S. 1, 26: „Legen Sie die Gründe dafür dar, weshalb die EEA erlassen wird, einschließlich einer Zusammenfassung des zugrunde liegenden Sachverhalts, einer Beschreibung der vorgeworfenen oder zu ermittelnden Straftaten, des aktuellen Stands der Ermittlungen, der Gründe für Risikofaktoren und aller anderen sachdienlichen Informationen: ...“.

⁷⁷ Pointiert Heydenreich, StraFo 2012, 439 (443).

⁷⁸ Böse, ZIS 2014, 152 (157).

⁷⁹ BT-Drs. 18/9757, S. 31.

⁸⁰ Eingehend zu der Lex-loci-vs-lex-fori-Problematik Gless, ZStW 125 (2013), 573.

⁸¹ BT-Drs. 18/9757, S. 76; vgl. zur Grenze des § 73 S. 1 IRG im Bereich der sonstigen Rechtshilfe etwa Ambos/Poschadel, in: Ambos/König/Rackow, Rechtshilfe in Strafsachen, 2015, Hauptteil 1 Rn. 98 f. m.w.N.; vgl. auch Ambos, Beweisverwertungsverbote, 2010, S. 84.

⁸² Vgl. insoweit das Fallbeispiel einer nach Art. 570 spanStPO, nicht aber nach § 104 Abs. 3 StPO zulässigen Nachtzeitdurchsuchung, die nicht zur Sicherung der Verwertbarkeit der zu erhebenden Beweismittel dient, sondern dem ermittlungstaktischen Zweck, Objekte in Deutschland und Spanien zeitgleich zu durchsuchen, bei Dicker, Kriminalistik 2012, 195 (195 f.).

⁸³ Dies gilt umso mehr als, worauf Zimmermann, ZStW 127 (2015), 143 (150) aufmerksam macht, die Erwägungsgründe der RL EEA keinen näheren Aufschluss bieten, wohingegen Erwägungsgrund 14 des Rahmenbeschlusses über die Europäische Beweisverordnung (RB EBA) sehr deutlich macht, dass die Art. 9 Abs. 1, 2 RL EEA entsprechende Art. 12 RB EEA ausschließlich der Sicherstellung der Beweisverwertbarkeit zu dienen bestimmt ist: „bestimmte Formvorschriften und Verfahren ..., die dazu beitragen können, dass das angeforderte Material ... als Beweismittel zulässig ist“.

⁸⁴ Die 24-Stundenfrist steht dabei unter dem Vorbehalt der Praktikabilität, BT-Drs. 18/9757, S. 73.

⁸⁵ Böse, ZIS 2014, 152 (163).

⁸⁶ Vgl. Güntge, in: Ambos/König/Rackow, Rechtshilfe in Strafsachen, 2015, Hauptteil 4 Rn. 52 m.w.N. auch zu der streitigen Frage, ob Betroffener lediglich ein Dritter ist oder auch der Beschuldigte des ausländischen Strafverfahrens.

wege angefochtenen ersuchten Durchsuchung/Beschlagnahme die Rechtshilfe für unzulässig erachtet.⁸⁷

Besondere im Prinzipiellen wurzelnde Fragen ergeben sich dann bekanntlich hinsichtlich des Rechtsschutzes gegenüber Bewilligungsentscheidungen. In dem Maße, in dem Bewilligungshindernisse mit individualschützenden Elementen angereichert werden, lässt sich die überkommene Position, dass gegen die Bewilligungsentscheidung kein Rechtsschutz erforderlich ist, weil diese eben nur zwischenstaatliche Aspekte betrifft, nicht mehr halten.⁸⁸ Diese Sichtweise liegt richtigerweise auch § 91i IRG zugrunde.⁸⁹

4. Ausgehende Ersuchen (§ 91j IRG)

Das zu beachtende Verfahren bei ausgehenden Ersuchen ist in einer einzigen Vorschrift geregelt, derjenigen des § 91j IRG nämlich. Deren erster Absatz gibt insoweit vor, dass im Anwendungsbereich der EEA die Formblätter im Anhang der RL EEA verwendet werden müssen. Abs. 2 und 3 setzen dann die Vorgaben nach Art. 2 c ii RL EEA um. Demgemäß sind Ordnungswidrigkeiten betreffende Ersuchen deutscher Verwaltungsbehörden nunmehr durch die Staatsanwaltschaft zu validieren, was nach § 91j Abs. 3 IRG „insbesondere“ die Prüfung der Verhältnismäßigkeit sowie des Umstands erfordert, dass „die in dem Ersuchen angegebene Ermittlungsmaßnahme in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall unter denselben Bedingungen angeordnet werden könnte“. Hier dürften sich für die Staatsanwaltschaften Mehraufwände ergeben.⁹⁰ Abs. 4 will indes jedenfalls dort eine unnötige Befassung der Staatsanwaltschaft vermeiden, wo die ersuchte Maßnahme ohnehin richterlicher Anordnung bedarf; in diesen Fällen soll also der Richter anordnen und zugleich validieren.⁹¹

Was den Bereich ausgehender Ersuchen anbelangt, hat der deutsche Gesetzgeber davon abgesehen, Art. 1 Abs. 3 RL EEA umzusetzen, der vorsieht, dass „der Erlass einer EEA“ vom Beschuldigten beziehungsweise von dessen Verteidigung „im Einklang mit dem nationalen Strafverfahrensrecht beantragt werden [kann]“. Es bleibt also dabei, dass Beweiserhebungen im Ausland durch den Beschuldigten beziehungsweise durch die Verteidigung nach §§ 136 Abs. 1 S. 3, 166 beziehungsweise § 244 Abs. 3 ff. StPO beantragt werden müssen.⁹² Diese Zurückhaltung ist (ohne die Umsetzung der RL EEA begleitende Anpassungen des Beweisrechts) zumindest plausibel, da eine Regelung, die dem Beschuldigten beziehungsweise der Verteidigung im Anwendungsbereich der EEA demgegenüber weitergehende Möglichkeiten an die Hand gegeben

hätte,⁹³ dazu führen müsste, dass ein Beschuldigter beziehungsweise dessen Verteidigung in einem grenzüberschreitenden Sachverhalt besser gestellt wäre als im Rahmen eines rein-nationalen Verfahrens.⁹⁴

5. Zuständigkeiten

Die Regelungen in Art. 2 lit. c und d RL EEA zu den Anordnungs- und Vollstreckungsbehörden machen keine durchgreifenden Veränderungen der Zuständigkeiten nach § 74 Absatz 2 IRG in Verbindung mit der Zuständigkeitsvereinbarung vom 28.4.2004⁹⁵ erforderlich.⁹⁶ Die Gesetzesbegründung kündigt demgemäß an, dass Deutschland gemäß der Vorgabe des Art. 33 Abs. 1 lit. a RL EEA bis zum 22.5.2017 voraussichtlich „die Gerichte, de[n] Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof (GBA), die Generalstaatsanwaltschaften und Staatsanwaltschaften und wohl auch Verwaltungsbehörden, die in Straf- und Bußgeldverfahren tätig werden“ als zuständig benennen wird.⁹⁷ Neuerungen ergeben sich indes – wie bereits erwähnt – im Bereich der Rechtshilfe für Verfahren nach § 1 Abs. 2 IRG (o. II. 4.).

III. Bewertung

Die Umsetzung der RL EEA ist sicher kein revolutionärer, sondern eher ein evolutionärer Schritt. Freilich sollte bei aller Skepsis nicht übersehen werden, dass die neuen §§ 91a bis 98e IRG (nur) im Ergebnis wahrscheinlich durchaus einen Fortschritt darstellen werden, soweit die vorgegebenen Fristen und einheitlichen Formulare den Rechtshilfeverkehr innerhalb der Europäischen Union verbessern helfen.⁹⁸ Angesichts der langwierigen Entstehungsgeschichte der Richtlinie, der sich – setzt man gedanklich an einem konsequenten Anerkennungsprinzip an – lesen lässt als ein (unbedingt notwendiger!) Prozess der Verwässerung und des Abschleifens, muss aber die Frage erlaubt sein, ob sich die zentralen Verbesserungen nicht auch auf konventionellem Wege, etwa durch eine Reform des EU-RhÜbk. hätten erzielen lassen. Dass Normgebungsverfahren, zumal auf EU-Ebene, einen dialektischen Prozess darstellen, ist eine Selbstverständlichkeit. Ob es aber wirklich sinnvoll ist, in diesen Prozess anhand eines Prinzips einzusteigen, dass – wenn man es ernst nimmt – für die Rechtswirklichkeit letztlich untaugliche und zum Extremen tendierende Ergebnisse generiert, die – je nach Standpunkt – Befürchtungen/Erwartungen produzieren, welche (erwartbar) ausgeräumt beziehungsweise enttäuscht werden müssen, steht auf einem anderen Blatt.

⁸⁷ Vgl. nur *OLG Frankfurt*, Urt. v. 29.5.2013 – 2 Ws 103/12; 2 Ws 104/12 m.w.N.

⁸⁸ Vgl. etwa *Rackow*, in: *Ambos/König/Rackow*, Rechtshilferecht in Strafsachen, 2015, Hauptteil 1 Rn. 114 m.w.N.

⁸⁹ BT-Drs. 18/9757, S. 30: „Anfechtbarkeit von ... Bewilligungsentscheidungen dürfte grundsätzlich zu bejahen sein, weil die Entscheidungen subjektive Rechte berühren ...“.

⁹⁰ Vgl. BT-Drs. 18/9757, S. 80 f.

⁹¹ A.a.O., S. 81 f.

⁹² A.a.O., S. 21.

⁹³ Die BRAK hatte unter Verweis auf den Grundsatz der Waffen-gleichheit eine Ausgestaltung gefordert, die den Beschuldigten und

seine Verteidigung in den Stand setzt, „in gleicher Weise wie die Verfolgungsbehörde den Erlass von Europäischen Beweisanordnungen beantragen [zu] können“ (BRAK-Stellungnahme 10/2010, I.6.).

⁹⁴ *Schuster*, StV 2015, 393 (394) auch zu dem Aspekt evtl. richtlinienkonformer verteidigungskonformer Auslegung des § 244 Abs. 5 S. 2 StPO.

⁹⁵ BAnz. S. 11494.

⁹⁶ BT-Drs. 18/9757, S. 20.

⁹⁷ A.a.O., S. 22.

⁹⁸ Vgl. hier *Böse*, ZIS 2014, 152 (163) m.w.N.