



1.4.2019

## **6. ARBEITSDOKUMENT (A)**

zu dem Vorschlag für eine Verordnung über Europäische  
Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische  
Beweismittel in Strafsachen (2018/0108(COD)) – Garantien und Rechtsbehelfe

Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres

Berichterstatterin: Birgit Sippel Mitverfasser: Romeo Franz

## Einleitung

Schwerpunkt dieses Arbeitsdokuments sind die Garantien und Rechtsbehelfe, die im Vorschlag für eine Verordnung über Europäische Herausgabebeanordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen vorgesehen sind (Vorschlag über elektronische Beweismittel). In diesem Zusammenhang wird der Grundsatz untersucht, wonach **der Verdächtige über die Aufforderung zur Herausgabe von Daten zu benachrichtigen ist**, soweit nicht ausnahmsweise eine Nichtoffenlegung (Verschwiegenheitsanordnung) gerechtfertigt ist. Im Anschluss daran werden die Garantien untersucht, die gewährleistet werden müssen, bevor die Daten gesammelt und an den ersuchenden Staat übermittelt werden (sogenannte **Ex-ante-Garantien**), sowie die Rechtsbehelfe, die bereitgestellt werden müssen, nachdem die Daten an den Anordnungsstaat übermittelt wurden (sogenannte **Ex-post-Garantien**). Schließlich wird im Arbeitsdokument auf einen **wirksamen Mechanismus zur Beaufsichtigung und öffentlichen Rechenschaftspflicht** von Strafverfolgungsbehörden eingegangen, die von einem möglichen neuen Instrument für elektronische Beweismittel Gebrauch machen<sup>1</sup>.

## I. Benachrichtigung der betroffenen Person

Gemäß Artikel 11 („Vertraulichkeit und Nutzerinformationen“) der vorgeschlagenen Verordnung haben die Adressaten die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Vertraulichkeit der Europäischen Herausgabebeanordnung oder Sicherungsanordnung sowie der herausgegebenen und gesicherten Daten zu gewährleisten, und auf Aufforderung der Anordnungsbehörde davon abzusehen, die Person, deren Daten angefordert werden, hiervon in Kenntnis zu setzen, um das betreffende Strafverfahren nicht zu behindern (Artikel 11 Absatz 1). Hat die Anordnungsbehörde den Adressaten aufgefordert, die Person, deren Daten angefordert werden, nicht in Kenntnis zu setzen, so hat die Anordnungsbehörde die Person, deren Daten mit der Europäischen Herausgabebeanordnung angefordert wurden, unverzüglich über die Herausgabe der Daten zu unterrichten. Diese Unterrichtung kann so lange aufgeschoben werden, wie dies notwendig und verhältnismäßig ist, um eine Behinderung des betreffenden Strafverfahrens zu vermeiden (Artikel 11 Absatz 2). Bei der Unterrichtung der Person übermittelt die Anordnungsbehörde auch Informationen über alle verfügbaren Rechtsbehelfe gemäß Artikel 17 (Artikel 11 Absatz 3).

Ein wichtiger Aspekt im Zusammenhang mit der Unterrichtung der betroffenen Person, der auch von mehreren interessierten Akteuren angesprochen wurde<sup>2</sup>, betrifft die Grundsätze der

---

<sup>1</sup> Siehe auch Fair Trials International, Konsultationspapier, Februar 2019, S. 4.

<sup>2</sup> Ebd., S. 12. „In kontradiktorischen Modellen, wie beispielsweise in den USA, wird erwartet, dass die Verteidigung eine aktive Rolle bei der Vorbereitung des Verfahrens übernimmt und selbstständig Informationen und Beweismaterial zusammenträgt. In vielen Rechtsordnungen in der EU, die im Großen und Ganzen vom Untersuchungsgrundsatz geprägt sind, sind allein die Strafverfolgungsbehörden dafür zuständig, eine Untersuchung durchzuführen, um die Wahrheit zu ermitteln. Aus diesem Grund sind die Strafverfolgungsbehörden verpflichtet, bei der Ausübung ihrer Ermittlungsbefugnisse alle relevanten Beweise – sowohl belastende als auch entlastende – zu sammeln, und nicht nur solche, die für eine Schuld sprechen. In der Praxis ist dies jedoch nicht immer der Fall und selbst ein unparteiischer Ermittler wäre ohne entsprechende Einsichtnahme in die Beweismittel nicht in der Lage zu wissen, welches Beweismittel zugunsten des Beschuldigten verwendet werden könnte, um sich ein Bild von der Art der Verteidigung des Beschuldigten zu machen, was nicht möglich ist, wenn die Ermittlungen geheim sind.“

Waffengleichheit und des kontradiktorischen Verfahrens, die sich (was die Erhebung entlastender Beweise betrifft) aus dem in Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention verankerten Recht auf ein faires Verfahren ergeben.<sup>3</sup> Durch eine Geheimhaltung in der vorläufigen Untersuchungsphase und eine fehlende Unterrichtung der betroffenen Person über die Erhebung personenbezogener Daten können solche Grundsätze generell leicht unterlaufen werden. Die vorherige Unterrichtung des Verdächtigen oder Beschuldigten ist jedoch für die wirksame Ausübung der Verteidigungsrechte insofern von entscheidender Bedeutung, als (neben belastenden Daten) auch entlastende elektronische Daten gesichert werden und der Verdächtige oder Beschuldigte die Möglichkeit erhält, die Rechtmäßigkeit der elektronischen Beweismittel, die möglicherweise rechtswidrig erlangt wurden oder vor Gericht unzulässig sind, im Voraus anzufechten.

Die vorgeschlagene Verordnung über elektronische Beweismittel hindert den Diensteanbieter daran, die Person, deren Daten angefordert werden, in Kenntnis zu setzen, damit das betreffende Strafverfahren nicht behindert wird. Es stellt sich somit die Frage, welche Situationen tatsächlich unter diese Formulierung fallen würden. Da es sich um eine ungenaue Formulierung handelt, besteht die Gefahr, dass selbst geringfügige Verfahrenshindernisse darunter fallen. Was jedoch den Grundsatz der Waffengleichheit betrifft, muss jede Einschränkung der Benachrichtigung der betroffenen Person (solche Einschränkungen werden auch als Verschwiegenheitsanordnungen bezeichnet) klar definiert sein und sich zum Beispiel auf Fälle schwerer und eindeutiger Gefahren für Leib, Leben oder Eigentum beschränken. Darüber hinaus könnte sowohl im Allgemeinen als auch im Hinblick auf die Vertraulichkeit ein Problem auftreten, was die Definition des Begriffs des „Diensteanbieters“ in der vorgeschlagenen Verordnung und die damit verbundene Frage der Unterscheidung zwischen dem für die Datenverarbeitung Verantwortlichen und einem Auftragsverarbeiter betrifft:<sup>4</sup> Unterliegt auch ein Auftragsverarbeiter den Vertraulichkeitsbestimmungen und ist es somit auch ihm untersagt, den Verantwortlichen über eine eingegangene Anordnung in Kenntnis zu setzen?<sup>5</sup>

#### 1. Benachrichtigung der betroffenen Person über Herausgabeanordnungen

Was Herausgabeanordnungen betrifft, ist in der vorgeschlagenen Verordnung geregelt, dass die Anordnungsbehörde die Person, deren Daten mit der Herausgabeanordnung angefordert werden, unverzüglich über die Herausgabe der Daten in Kenntnis zu setzen hat (Artikel 11 Absatz 2). Der Vorschlag sieht jedoch zugleich vor, dass diese Unterrichtung von der ersuchenden Behörde „so lange aufgeschoben werden [kann], wie dies notwendig und verhältnismäßig ist, um eine Behinderung des betreffenden Strafverfahrens zu vermeiden.“ Dies würde bedeuten, dass allein die Anordnungsbehörde die Verhältnismäßigkeit einer aufgeschobenen Unterrichtung beurteilen würde. Wie bereits im vorausgegangenen Arbeitsdokument hervorgehoben wurde, ist es fraglich, ob die Anordnungsbehörden diese

---

<sup>3</sup> Siehe Rechtsprechung des EGMR zu Artikel 6 EMRK, z. B. in D. Vitkauskas, G. Dikov, Europarat, Schutz des Rechts auf ein faires Verfahren gemäß der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2012.

<sup>4</sup> Siehe Artikel 2 Absatz 3 der vorgeschlagenen Verordnung über elektronische Beweismittel. Siehe ferner Artikel 4 Absätze 7 und 8 DSGVO (Verordnung Nr. 2016/679).

<sup>5</sup> Siehe Stellungnahme 23/2018 des Europäischen Datenschutzausschusses, in der es wie folgt heißt: „Der Europäische Datenschutzausschuss befürchtet daher, dass die Rechte der betroffenen Personen umgangen werden könnten, wenn Diensteanbieter, die als für die Verarbeitung Verantwortliche im Sinne der DSGVO tätig sind, keinen Beschränkungen unterliegen, und der Auftragsverarbeiter nicht speziell verpflichtet wird, den für die Verarbeitung Verantwortlichen zu benachrichtigen, wenn eine Herausgabe- oder Sicherungsanordnung an ihn gerichtet wird.“ (S. 10).

Bestimmungen tatsächlich einhalten könnten oder würden. Bei bestehenden Rechtsinstrumenten zur gegenseitigen Anerkennung, wie etwa der Europäischen Ermittlungsanordnung (EEA), werden dem Vollstreckungsstaat zumindest einige Versagungsgründe eingeräumt, wobei auch die Verhältnismäßigkeit in Frage gestellt werden kann<sup>6</sup>. Was die Frage der Erforderlichkeit betrifft, gibt die vorgeschlagene Verordnung Anlass zu der Sorge, dass die erwähnten Verschwiegenheitsanordnungen zur Regel werden und nicht nur in Ausnahmefällen erlassen werden, wenn sie zwingend erforderlich sind. Da es jedoch zumindest bei einigen Arten von Daten und vor allem zu Beginn des Verfahrens (d.h. wenn sich das Verfahren noch nicht unbedingt auf eine konkrete Person konzentriert) berechnete Gründe für eine Geheimhaltung geben kann, besteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem berechtigten Wunsch der Strafverfolgungsbehörden nach Geheimhaltung auf der einen Seite und dem Recht auf Verteidigung und ein faires Verfahren auf der anderen Seite. Dieses Spannungsverhältnis könnte wie folgt gelöst werden:<sup>7</sup>

- Schaffung einer klaren Regelung für die Unterrichtung, mit der der Gebrauch von Verschwiegenheitsanordnungen durch die Strafverfolgungsbehörden streng auf Ausnahmefälle beschränkt wird.
- Erfordernis einer besonderen Begründung für den Erlass einer Verschwiegenheitsanordnung durch die Strafverfolgungsbehörden sowie einer (gerichtlichen) Überwachung der Verwendung von Verschwiegenheitsanordnungen<sup>8</sup>. Auch hier stellt sich wieder die Frage in Bezug auf die Ausstellungsbehörde der Europäischen Herausgabe- oder Sicherungsanordnung, wie sie bereits im 5. Arbeitsdokument aufgeworfen wurde.
- Eindeutige zeitliche Begrenzung für die Auferlegung von Verschwiegenheitspflichten (zum Beispiel spätestens bis zur Anklageerhebung).
- Wenn die Anordnungsbehörde einen Diensteanbieter auffordert, die betroffene Person nicht in Kenntnis zu setzen, muss sie dazu verpflichtet sein, dem Diensteanbieter klare und detaillierte Gründe für die Nichtbenachrichtigung anzugeben.
- Zusätzliche Benachrichtigung der Justizbehörden des Mitgliedstaats, in dem der Diensteanbieter seinen Sitz hat und/oder in dem die Person, deren Daten angefordert werden,

---

<sup>6</sup> Bei der EEA werden dem Vollstreckungsstaat zumindest einige Versagungsgründe eingeräumt, wobei auch die Verhältnismäßigkeit des Ersuchens in Frage gestellt werden kann. Dies trifft auf den Versagungsgrund einer möglichen Verletzung von Grundrechten zu (siehe Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe f der Richtlinie 2014/41/EU über die EEA, in dem es wie folgt heißt: „[wenn] berechnete 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“) sowie für bestimmte Kategorien von Straftaten oder Straftaten mit einem bestimmten Mindeststrafmaß (Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe h der EEA-Richtlinie, in der es wie folgt heißt: „[wenn] die Anwendung der in der EEA angegebenen 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.“) sowie in Fällen, in denen die betreffende Maßnahme in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht zur Verfügung stehen würde (Artikel 10 Absatz 5 der EEA-Richtlinie).

<sup>7</sup> Fair Trials International, aaO., S. 5-6.

<sup>8</sup> Ein unabhängiges und unparteiisches Gericht ist besser in der Lage, zwischen der Notwendigkeit einer Geheimhaltung und den Verteidigungsrechten abzuwägen, als Polizei oder Staatsanwaltschaft. Siehe auch die Stellungnahme des Dachverbands der europäischen Anwaltsverbände (CCBE) vom 19. Oktober 2018, (S. 7): „Der CCBE vertritt die Auffassung, dass die Auferlegung von Verschwiegenheitspflichten im Zusammenhang mit Europäischen Herausgabeanordnungen der Zustimmung eines unabhängigen Justizorgans unterliegen und in jedem Fall von der ausstellenden Behörde auf der Grundlage einer aussagekräftigen und dokumentierten Bewertung ordnungsgemäß begründet und untermauert werden muss.“

ihren Wohnsitz hat.

- Den Diensteanbietern sollte das Recht eingeräumt werden, weitere Informationen zu verlangen, wenn sie die vom Ausstellungsstaat angegebenen Gründe für die Verschwiegenheitsanordnung als unzureichend betrachten; dies sollte auch die Befugnis umfassen, der Anordnung letztendlich nicht nachzukommen, falls weiterhin Zweifel an deren Rechtmäßigkeit bestehen. Mit der Einräumung eines solchen Rechts wäre auch den Problemen im Zusammenhang mit den Verpflichtungen der Diensteanbieter gegenüber ihren Kunden genüge getan;
- Eine Verpflichtung zur unverzüglichen nachträglichen Benachrichtigung, sobald die rechtlichen Voraussetzungen für die Geheimhaltung nicht mehr gegeben sind, und auf jeden Fall deutlich vor der vollständigen Offenlegung der Beweismittel in dem betreffenden Fall (unabhängig davon, ob die betroffene Person letztendlich belangt wird), wobei der betroffenen Person das Recht einzuräumen ist, gegen die Inanspruchnahme der Geheimhaltung und die Rechtmäßigkeit der Herausgabe der Beweismittel vorzugehen.
- Abschreckende Vorkehrungen, die Strafverfolgungsbehörden von einer missbräuchlichen Verwendung dieser Ausnahme abhalten sollen, zum Beispiel indem die erlangten Beweismittel für unzulässig erklärt werden.
- Strafverfolgungsbehörden, die (in Verbindung mit einer Geheimhaltungsanordnung) elektronische Daten anfordern, sollten ausdrücklich verpflichtet werden, die Europäischen Herausgabe- und Sicherungsanordnungen auch auf entlastende Beweismittel anzuwenden oder der Verteidigung im Hinblick auf den Grundsatz der Waffengleichheit im Strafprozess bestimmte Rechte einzuräumen.<sup>9</sup>

## 2. Benachrichtigung der betroffenen Person über den Erlass einer Sicherungsanordnung

Weitere schwerwiegende Probleme im Hinblick auf den Grundsatz der Waffengleichheit ergeben sich im Zusammenhang mit der Benachrichtigung der betroffenen Person im Falle des Erlasses einer Sicherungsanordnung.

Wie bereits oben ausgeführt wurde, ist für den Fall der Nichtunterrichtung der betroffenen Person durch den Adressaten in der vorgeschlagenen Verordnung lediglich vorgesehen, dass die Anordnungsbehörde die Person, deren Daten mit der Herausgabeanordnung angefordert werden, unverzüglich über die Herausgabe der Daten in Kenntnis zu setzen hat (siehe Artikel 11 Absatz 2). Der Vorschlag enthält jedoch keinerlei Bestimmung, wonach der Anordnungsstaat verpflichtet ist, die betroffene Person über den Erlass einer Europäischen

---

<sup>9</sup> So ist etwa ausdrücklich geregelt, dass eine Europäische Ermittlungsanordnung auch von der Verteidigung beantragt werden kann. Siehe Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung, in dem es wie folgt heißt: „(3) Der Erlass einer EEA kann von einer verdächtigen oder beschuldigten Person oder in deren Namen von einem Rechtsanwalt im Rahmen der geltenden Verteidigungsrechte im Einklang mit dem nationalen Strafverfahrensrecht beantragt werden.“ Im Vorschlag zu elektronischen Beweismitteln fehlt eine entsprechende Bestimmung. Siehe auch CCBE, ebenda, S. 7: „Vorschläge zur Erlangung von elektronischen Beweismitteln sollten nicht ausschließlich aus dem Blickwinkel der Strafverfolgung betrachtet werden... Der Vorschlag berücksichtigt nicht in hinreichendem Maße das Erfordernis der Waffengleichheit im Strafverfahren, bei dem es sich um einen Grundsatz handelt, der vom EGMR im Zusammenhang mit dem Recht auf ein faires Verfahren anerkannt wurde.“ Siehe auch Fair Trials International, Konsultationspapier, Mai 2018. Siehe auch das von Fair Trials International an die Berichterstatterin gerichtete Schreiben vom 30. November 2018.

Sicherungsanordnung in Kenntnis zu setzen. In Fällen, in denen auf die Sicherungsanordnung keine Herausgabeeanordnung folgt, würde die betroffene Person daher nie erfahren, dass ihre Daten gesichert wurden. In solchen Fällen hätte die betroffene Person somit keine Möglichkeit, den Rückgriff auf die Verschwiegenheitspflicht und die Rechtmäßigkeit der Sicherung des Beweismittels anzufechten. Darüber hinaus hätte sie keinerlei Möglichkeit, einen Rechtsbehelf einzulegen (siehe unten).