



8.3.2019

5. ARBEITSDOKUMENT (A)

zu dem Vorschlag für eine Verordnung über Europäische
Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische
Beweismittel in Strafsachen (2018/0108(COD)) – Voraussetzungen für den
Erlass von Europäischen Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen

Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres

Berichterstatterin: Birgit Sippel

Ko-Autorin: Cornelia Ernst

Einleitung

Im vorliegenden Arbeitsdokument werden die Voraussetzungen für den Erlass von Europäischen Herausgabeordnungen und Sicherungsanordnungen und für das Ausstellen von Zertifikaten über eine Europäische Herausgabeordnung (EPOC) und Zertifikaten über eine Europäische Sicherungsanordnung (EPOC-PR) im Anordnungsstaat untersucht. Daher werden darin die Artikel 4, 5 und 6 der vorgeschlagenen Verordnung über Europäische Herausgabeordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen (2018/0108(COD)) behandelt. Zudem werden einige Anmerkungen zur Wahl der Datenkategorien (Artikel 2 mit den Begriffsbestimmungen) gemacht, die für die Voraussetzungen für den Erlass von Europäischen Herausgabeordnungen und Sicherungsanordnungen relevant sind.

Bemerkungen zu einzelnen Aspekten

a) Status der Anordnungsbehörde (Artikel 4)

Gemäß dem Vorschlag der Kommission können Europäische Herausgabeordnungen für Transaktions- oder Inhaltsdaten von einem Organ der Rechtspflege (Richter, Gericht oder Untersuchungsrichter) erlassen werden. Europäische Sicherungsanordnungen und Europäische Herausgabeordnungen, die Teilnehmer- oder Zugangsdaten betreffen, dürfen nicht nur von Organen der Rechtspflege, sondern auch von Staatsanwälten erlassen werden. Außerdem können Europäische Herausgabeordnungen für alle Arten von Daten und Europäische Sicherungsanordnungen von jeder anderen vom Anordnungsstaat bezeichneten zuständigen Behörde erlassen werden, die als Ermittlungsbehörde in einem Strafverfahren agiert. In diesem Fall müssen Europäische Herausgabeordnungen und Sicherungsanordnungen allerdings von den zuständigen Behörden validiert werden (bei Europäischen Herausgabeordnungen für Transaktions- oder Inhaltsdaten von den Organen der Rechtspflege, in den anderen Fällen auch von Staatsanwälten), nachdem überprüft wurde, ob die Voraussetzungen für den Erlass einer Anordnung eingehalten wurden.

Der Begründung der Kommission¹ zufolge ist das vorherige Einschalten einer Justizbehörde (eines Richters bzw. bei Europäischen Herausgabeordnungen für Teilnehmer- oder Zugangsdaten und bei Europäischen Sicherungsanordnungen eines Staatsanwalts) eine geeignete Schutzgarantie gegen Verletzungen der Grundrechte. Dies trifft in Mitgliedstaaten zu, in denen bestimmte Arten von Daten ohne Bestätigung durch eine Justizbehörde von der Polizei angefordert werden können. Jedoch wird dabei außer Acht gelassen, dass in anderen Mitgliedstaaten für bestimmte Datenkategorien eine richterliche Genehmigung erforderlich ist. Außerdem bleibt das Problem bestehen, dass Staatsanwälte in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Aufgaben haben.

Per definitionem ist ein Staatsanwalt die Partei in einem Verfahren, die zur Strafverfolgung verpflichtet ist. Staatsanwälte sind zwar (zumindest in den meisten Mitgliedstaaten) von der Exekutive funktional unabhängig, doch sie sind nicht unparteiisch. Schließlich ist die Staatsanwaltschaft in Verfahren mit der Strafverfolgung betraut, auch wenn in vielen Mitgliedstaaten formal festgelegt ist, dass sie sowohl belastende als auch entlastende

¹ S. 11.

Beweismittel zusammentragen muss.

Aus diesem Grund dürfen die einschneidendsten, die Grundrechte betreffenden Maßnahmen – u. a. Maßnahmen, durch die das Recht auf Schutz der Privatsphäre beeinträchtigt wird, – in vielen Mitgliedstaaten nicht von Staatsanwälten angeordnet werden.² So ist in einigen Mitgliedstaaten z. B. für die Anforderung von Zugangsdaten ein Gerichtsbeschluss erforderlich.³ Auch wenn „Zugangsdaten“ – eine neue von der Kommission eingeführte Datenkategorie – häufig die ersten Daten sind, die für Ermittlungen in einem Fall benötigt werden (z. B. die dynamische IP-Adresse), müssen häufig Transaktionsdaten (Verkehrsdaten) analysiert werden, um an Zugangsdaten zu gelangen, wie vom EGMR bestätigt wurde.⁴ Angesichts dieser Bestätigung und laut den Berichten des Ausschusses für das Übereinkommen über Computerkriminalität des Europarates scheint sich in den Mitgliedstaaten zunehmend die Auffassung durchzusetzen, dass für solche Daten eine richterliche Genehmigung erforderlich ist.

Folglich würden die verfassungsrechtlichen Vorschriften mehrerer Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Zugangsdaten gemäß dem derzeitigen Ansatz der Kommission (der vom Rat in seiner allgemeinen Ausrichtung mehrheitlich unterstützt wird) erheblich eingeschränkt. Dadurch könnte es zu unmittelbaren Konflikten zwischen den nationalen verfassungsrechtlichen Normen und dem Vorrang des Unionsrechts kommen. Der Vorrang des Unionsrechts ist ein grundlegendes Prinzip der EU, das durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union eingeführt wurde. Einige einzelstaatliche Verfassungsgerichte haben bereits zu verschiedenen Gelegenheiten Vorbehalte gegenüber der möglichen Einschränkung nationaler verfassungsmäßiger Rechte durch das Unionsrecht geäußert.⁵

Um in dieser Situation Abhilfe zu schaffen, ohne in Bezug auf Normen einen Unterbietungswettbewerb anzustoßen, sollten daher sämtliche Ersuchen um Herausgabe von

² Daher muss auch die schriftliche Antwort der Kommission nach der Sitzung der Schattenberichterstatter vom 9. Oktober 2018 (S. 10) infrage gestellt werden, in der sie angab, dass Staatsanwälte als Justizbehörde im Sinne einer unparteiischen Gerichtsbehörde gelten können. Außerdem stellte der EGMR in dieser Angelegenheit klar, dass ein Staatsanwalt nicht als Gerichtsbehörde gemäß Artikel 5 EMRK (Recht auf Freiheit und Sicherheit) und auch nicht als „andere[] gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigte[] Person“ gelten kann (siehe die EGMR-Beschwerdesachen *Medvedyev u. a. gegen Frankreich*, Bsw. 3394/03, und *Moulin gegen Frankreich*, Bsw. 37104/06).

Außerdem ist es fraglich, ob das Recht auf Freiheit in Bezug auf richterliche Genehmigungen wichtiger ist als das Recht auf Schutz der Privatsphäre. Aufgrund der Fortschritte und Möglichkeiten dank neuer Technologien (z. B. in China angewandte Rankingsysteme, die auf Verhaltensüberwachung mittels Technologie beruhen) wirken sich immer mehr Technologien auf andere Lebensbereiche aus (z. B. auf Reisen, Erwerbstätigkeit und Bildung). In diesem Zusammenhang wurde die Bedeutung richterlicher Genehmigungen, auch im Hinblick auf Massendaten, schon vom EGMR bestätigt (siehe die Beschwerdesache *Big Brother Watch gegen Vereinigtes Königreich*).

³ Siehe S. 17–20 der Vorschriften über die Erhebung von Teilnehmerdaten des Ausschusses für das Übereinkommen über Computerkriminalität (T-CY (2014)17, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016802e7ad1>). Siehe außerdem S. 5–6 des Diskussionspapiers zu Voraussetzungen für die Erhebung von Teilnehmerdaten in Bezug auf dynamische bzw. statische IP-Adressen: Überblick über einschlägige Gerichtsurteile und Entwicklungen (T-CY(2018)26).

⁴ Urteil vom 24. April 2018 in der EGMR-Beschwerdesache *Benedik gegen Slowenien*, Bsw. 62357/14.

⁵ Siehe z. B. das Urteil des spanischen Verfassungsgerichts 26/2014 (als Reaktion auf das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache *Melloni*) oder – in jüngerer Zeit – den Beschluss 24/2017 und das Urteil 115/2018 des italienischen Verfassungsgerichts (als Reaktion auf die Rechtssache *Taricco*).

Zugangsdaten auf einer richterlichen Genehmigung oder Validierung beruhen. Dies gilt umso mehr, wenn man die bereits eingeführte Europäische Ermittlungsanordnung (EEA, Richtlinie 2014/41/EU) betrachtet, bei der wesentlich umsichtiger vorgegangen wurde. Auf Drängen des Europäischen Parlaments wurde vorgesehen, dass der Vollstreckungsstaat im Hinblick auf den Erlass einer EEA beschließen kann, dass – ergänzend zum Validierungsverfahren im Anordnungsstaat durch einen Richter oder Staatsanwalt (siehe Artikel 2 der EEA-Richtlinie) – eine richterliche Genehmigung im Vollstreckungsstaat eingeholt werden muss. Durch die Anwendung dieser Regelung auf Europäische Herausgabeordnungen und Sicherungsanordnungen würden weitere Schutzgarantien für die Achtung der Grundrechte in den Mitgliedstaaten eingeführt. Angesichts der allgemeinen Entwicklung in Bezug auf richterliche Genehmigungen für Zugangsdaten in den Mitgliedstaaten könnte man sogar geltend machen, dass die Vorschriften zu Zugangsdaten unionsweit angeglichen werden müssen, indem eine allgemeine Verpflichtung eingeführt wird, für solche Daten eine richterliche Genehmigung einzuholen.

Zudem müssen hinsichtlich Validierungsprüfungen Klarstellungen dazu getroffen werden, was unter „jeder anderen [...] zuständigen Behörde [...] in ihrer Eigenschaft als Ermittlungsbehörde in einem Strafverfahren“ zu verstehen ist, damit sichergestellt wird, dass die zuständige Behörde ein umfassendes Validierungsverfahren durchführt und der Schutz der Grundrechte uneingeschränkt gewährleistet ist.

b) Straftaten, bei denen der Erlass von Europäischen Herausgabeordnungen und Sicherungsanordnungen gerechtfertigt ist (Artikel 5 und 6)

Im Vorschlag sind verschiedene Voraussetzungen für den Erlass von Europäischen Herausgabeordnungen und Sicherungsanordnungen vorgesehen. Während Europäische Sicherungsanordnungen für alle Straftaten erlassen werden können, muss bei Europäischen Herausgabeordnungen differenziert werden. Europäische Herausgabeordnungen für Teilnehmer- oder Zugangsdaten können für alle Straftaten erlassen werden. Europäische Herausgabeordnungen für Transaktions- oder Inhaltsdaten können für alle Straftaten, die „mit einer Freiheitsstrafe im Höchstmaß von mindestens drei Jahren geahndet werden“, und für Straftaten erlassen werden, die in bestehenden EU-Instrumenten zu Terrorismus, zur sexuellen Ausbeutung von Kindern und Kinderpornografie, zu Betrug und Fälschung im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln und zu Angriffen auf Informationssysteme aufgeführt sind. Im Gegensatz zu den Bestimmungen in den geltenden strafrechtlichen Instrumenten der EU muss gemäß dem Vorschlag jedoch keine beiderseitige Strafbarkeit vorliegen (d. h. wenn ein Verhalten im Anordnungsstaat als strafbar gilt, muss es im Vollstreckungsstaat nicht als Straftat angesehen werden). Folglich ist die Definition der Straftaten im Anordnungsstaat ausschlaggebend.

In den vorhergehenden Arbeitsdokumenten wurden bereits Bedenken über die äußerst begrenzte Rolle geäußert, die den Vollstreckungsbehörden gemäß dem Vorschlag der Kommission zukommt. Mit dem Vorschlag soll eine „neue Dimension“ der gegenseitigen Anerkennung eingeführt werden, indem die unionsweite Vollstreckung nationaler Anordnungen ohne jegliche Überprüfung – weder des Inhalts noch der Form – durch die Vollstreckungsbehörde vorgesehen wird. Angesichts des geltenden Besitzstandes im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit würde die vorgesehene Neuzuweisung der Zuständigkeiten

für den Schutz der Grundrechte eine wesentliche Neuerung darstellen⁶, bei der die Zuständigkeiten der Anordnungsbehörde drastisch erweitert würden und der Schutz durch die Vollstreckungsbehörde erheblich verringert würde. Es bestehen jedoch nicht nur Zweifel darüber, bei welchen Strafverfahren es gerechtfertigt wäre, auf solche Maßnahmen zurückzugreifen (die u. a. das Recht auf Schutz der Privatsphäre beeinträchtigen können). Die vorgeschlagene Lösung der Kommission ist auch im Hinblick auf zwei weitere Aspekte problematisch.

1) Abschaffung des Grundsatzes der beiderseitigen Strafbarkeit

Die praktische Relevanz des Grundsatzes der beiderseitigen Strafbarkeit wurde im Vergleich zum herkömmlichen Prinzip der Rechtshilfe, bei dem der Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit angewandt wird, bereits in den geltenden Rechtsakten der EU zur gegenseitigen Anerkennung eingeschränkt. Bei Straftaten aus dem EU-Katalog⁷, in dem Straftaten aufgeführt sind, die gemeinhin als schwere Verbrechen angesehen werden und die auf der Grundlage gemeinsamer Werte und Prioritäten der Mitgliedstaaten festgelegt wurden, kann die Vollstreckungsbehörde die Vollstreckung einer ausländischen Anordnung nicht mehr ablehnen, nur weil die Straftat im Rechtssystem des Vollstreckungsstaates nicht im gleichen Maße als strafbar gilt wie im Anordnungsstaat. Bei Straftaten, die nicht in dieser Liste aufgeführt sind, muss die Vollstreckungsbehörde gemäß den bestehenden Instrumenten zur gegenseitigen Anerkennung⁸ die Befugnis einer Behörde eines anderen Mitgliedstaates nicht anerkennen, sofern die jeweilige Straftat im Rechtssystem des Vollstreckungsstaates nicht als strafbar gilt. Da die strafrechtlichen Bestimmungen in der EU alles andere als einheitlich sind, stellt ein solcher fakultativer Ablehnungsgrund eine notwendige Schutzgarantie für die Gewährleistung der uneingeschränkten Achtung der Grundrechte dar.

Jedoch wird diese Schutzgarantie in den Artikeln 5 und 6 des aktuellen Vorschlags abgeschafft. Somit wird im Vorschlag nicht nur auf den typischen Katalog von 32 Straftaten verzichtet, der in anderen Instrumenten zur gegenseitigen Anerkennung enthalten ist, sondern es wird darin auch die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit für alle weiteren Straftaten abgeschafft. Daher könnten Europäische Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen für Handlungen erlassen werden, die nur im Anordnungsstaat strafbar sind und nicht in dem Mitgliedstaat, in dem der Anbieter ansässig ist. Dies ist in den Bereichen besonders besorgniserregend, in denen es keinen gemeinsamen Ansatz der EU gibt oder in denen sich die Standpunkte erheblich unterscheiden (z. B. bei Themen wie Abtreibung, Euthanasie, Religionsfreiheit und Einschränkungen der Meinungsfreiheit).

Daher sollte in die geplante Verordnung eine geschlossene Liste von Straftaten aufgenommen werden, für die Europäische Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen erlassen werden können, damit Diensteanbieter nicht darum ersucht werden, Daten zu einer Straftat herauszugeben oder zu sichern, die im Mitgliedstaat, in dem der betroffene Diensteanbieter ansässig ist, gar nicht strafbar ist. Eine solche Liste könnte sich an der Auflistung in Anhang D der EEA-Richtlinie orientieren. Hinsichtlich des Aufbaus und der Funktionsweise des vorgeschlagenen Instruments sollte der Unionsgesetzgeber erwägen, wie eine solche Liste

⁶ Siehe S. 41 der von der Fachabteilung Bürgerrechte und konstitutionelle Angelegenheiten des Europäischen Parlaments in Auftrag gegebenen Studie von M. Böse.

⁷ Für die Auflistung siehe z. B. Artikel 2 Absatz 2 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JHI über den Europäischen Haftbefehl.

⁸ Siehe z. B. Artikel 11 der EEA-Richtlinie.

am besten in die Verordnung aufgenommen werden kann. Es gibt im Wesentlichen zwei Optionen: a) Es könnte eine Liste an die Anordnungsbehörde übermittelt werden, die als zusätzliche Voraussetzung für den Erlass Europäischer Herausgabeankordnungen dient, damit die Anordnungsbehörde keine Anordnungen für Straftaten erlässt, die nicht auf der Liste stehen. b) Eine solche Liste von Straftaten könnte auch – ähnlich wie in den anderen EU-Instrumenten zur gegenseitigen Anerkennung und auf der Grundlage des Grundsatzes der beiderseitigen Strafbarkeit – als Ausnahme im Zusammenhang mit einem neu hinzugefügten fakultativen Ablehnungsgrund aufgenommen werden, sodass die Vollstreckungsbehörde ablehnen kann, Europäische Herausgabeankordnungen und Sicherungsankordnungen für Straftaten anzuerkennen, die nicht auf der Liste stehen und im jeweiligen Mitgliedstaat nicht als strafbar gelten.

Außerdem könnte sich ein anderer Ablehnungsgrund auf Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe h der EEA-Richtlinie orientieren, der sich auf Fälle bezieht, in denen *„die Anwendung der [...] 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“*. Dadurch würden die Vollstreckungsbehörden bei der Ausführung von Anordnungen systematisch einbezogen und könnten somit ihre verfassungsmäßig garantierte Schutzfunktion ausüben.