



8.3.2019

5. ARBEITSDOKUMENT (B)

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

2) Mindeststrafmaß

Betrachtet man Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe g der EEA-Richtlinie, in dem das Mindeststrafmaß „*einer Freiheitsstrafe oder freiheitsentziehenden Maßregel der Sicherung im Höchstmaß von mindestens drei Jahren*“ in Bezug auf die EU-Liste von Straftaten vorgesehen ist, bei denen nicht überprüft werden muss, ob beiderseitige Strafbarkeit vorliegt, so scheint es, als beruhe der Vorschlag nur auf dem Ansatz der EEA-Richtlinie. In dem Vorschlag wird nämlich ein vergleichbares Mindeststrafmaß als Voraussetzung für den Erlass einer Europäischen Herausgabeordnung für Transaktions- oder Inhaltsdaten vorgesehen (siehe Artikel 5 Absatz 4 Buchstabe (a) der vorgeschlagenen Verordnung).

Diese Bestimmung scheint als Ausschlusskriterium zu dienen, ist aber in Wirklichkeit eine nicht anwendbare Schutzgarantie bzw. zumindest eine Bedingung, die in nur in sehr wenigen Fällen relevant ist. Das vorgesehene Mindeststrafmaß müsste nämlich nur bei Europäischen Herausgabeordnungen für Transaktions- oder Inhaltsdaten vorliegen und gilt nicht bei Europäischen Herausgabeordnungen für Teilnehmer- oder Zugangsdaten oder bei Europäischen Sicherungsanordnungen. Demzufolge könnten Europäische Herausgabeordnungen für Teilnehmer- oder Zugangsdaten und Europäische Sicherungsanordnungen bei allen Straftaten erlassen werden. Was den Zugang zu den sensibelsten Daten und somit die einschneidendsten Maßnahmen anbelangt, so wäre der Erlass einer Europäischen Herausgabeordnung bei allen Straftaten gerechtfertigt, die im Anordnungsstaat mit einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren geahndet werden. Bei den Straftaten, die in den 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 definiert sind, ist das Mindeststrafmaß sogar vollkommen unerheblich (siehe Artikel 5 Absatz 4 Buchstabe b).

Vergleichende Untersuchungen haben gezeigt, dass sich in allen Mitgliedstaaten die Tendenz zur Erhöhung des Höchststrafmaßes für sämtliche Straftaten abzeichnet. Somit ist das Mindeststrafmaß für den Erlass von Europäischen Herausgabeordnungen bei den meisten Straftaten gegeben.¹ Entgegen den Angaben der Kommission in ihrer Begründung kann selbst das Höchststrafmaß für Bagatelldelikte (wie einfacher Diebstahl, Betrug oder tätliche Angriffe) mindestens drei Jahre Freiheitsentzug betragen. Wie auch in der Studie der Fachabteilung Bürgerrechte und konstitutionelle Angelegenheiten des Europäischen Parlaments gefolgert wurde, kann jedoch eine Voraussetzung, die auf die meisten Straftaten gemäß dem nationalen Recht zutrifft, nicht als angemessenes Mindeststrafmaß für besonders einschneidende Maßnahmen angesehen werden. Daher muss nicht nur die Problematik, dass keine beiderseitige Strafbarkeit vorliegen muss, angegangen werden, sondern das geforderte Mindeststrafmaß unbedingt angehoben werden, damit dieses eine angemessene Schutzgarantie gegen unverhältnismäßige Ersuchen darstellt. Dieses Mindeststrafmaß sollte außerdem nicht nur für Europäische Herausgabeordnungen für Transaktions- oder Inhaltsdaten, sondern auch für Europäische Herausgabeordnungen für Zugangsdaten gefordert werden, da manche Arten von Zugangsdaten (z. B. IP-Adressen) schon einen tiefgehenden Einblick in das Leben einer Person ermöglichen und somit nur bei den schwersten Straftaten herausgegeben werden sollten.

¹ Siehe S. 40 der von der Fachabteilung Bürgerrechte und konstitutionelle Angelegenheiten des Europäischen Parlaments in Auftrag gegebenen Studie von M. Böse.

c) Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit (Artikel 5 und 6)

Gemäß den Artikeln 5 und 6 des Vorschlags müssen Europäische Herausgabebeanordnungen und Sicherungsanordnungen „*notwendig und verhältnismäßig*“ sein. Außerdem können Europäische Herausgabebeanordnungen nur erlassen werden, wenn eine derartige Anordnung in einer vergleichbaren Situation im Anordnungsstaat für dieselbe Straftat auch erlassen werden könnte. Während die „*Gründe für die Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der Maßnahme*“ in der Anordnung enthalten sein müssen (siehe Artikel 5 Absatz 5 Buchstabe i und Artikel 6 Absatz 3 Buchstabe g), dürfen sie in dem an den Vertreter des betreffenden Diensteanbieters gerichteten Zertifikat über die Anordnung nicht enthalten sein (siehe Artikel 8 Absätze 3 und 4).

Im Hinblick auf Europäische Herausgabebeanordnungen für Transaktions- oder Inhaltsdaten „*muss die Anordnungsbehörde vor Erlass der Europäischen Herausgabebeanordnung den Sachverhalt klären, unter anderem indem sie die zuständigen Behörden des betreffenden Mitgliedstaats [...] konsultiert*“, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass die Daten (in dem Staat, in dem die Anordnung an den Diensteanbieter gerichtet wird) durch Immunitäten und Vorrechte geschützt sind oder dass sich die Anordnung auf die grundlegenden Interessen dieses Mitgliedstaats auswirken würde.

Zu den wesentlichen Bedenken hinsichtlich des Vorschlags der Kommission zählt die Befürchtung, dass unverhältnismäßig oft auf Europäische Herausgabebeanordnungen und Sicherungsanordnungen zurückgegriffen werden könnte und dass die Anordnungen somit in Fällen, in denen ein Eingriff in die Grundrechte nicht gerechtfertigt ist, missbräuchlich verwendet werden könnten. Im Vorschlag sollen solche Bedenken ausgeräumt werden, indem festgelegt wird, dass Europäische Herausgabebeanordnungen und Sicherungsanordnungen für die Zwecke laufender Verfahren „*notwendig und verhältnismäßig*“ sein müssen und nur erlassen werden dürfen, „*wenn in einer vergleichbaren innerstaatlichen Situation im Anordnungsstaat für dieselbe Straftat eine ähnliche Maßnahme zur Verfügung stünde*“.

Da die Kommission keine Befugnisse der Vollstreckungsbehörde anerkennt oder vorsieht, würde sich diese Bestimmung nur an die Anordnungsbehörden richten, die i) keine Daten von Diensteanbietern in einem anderen Staat anfordern dürften, wenn sie im Inland keine vergleichbare Anordnung an einen Diensteanbieter richten dürften (um die Wahl des günstigsten Gerichtsstands zu verhindern), und die ii) eine zusätzliche Prüfung durchführen müssten, um festzustellen, ob die Anordnung wirklich notwendig und verhältnismäßig ist. Wie die Kommission in ihrer Folgenabschätzung darlegte, sollte die anordnende Justizbehörde dazu verpflichtet werden, sicherzustellen, dass die Europäische Herausgabebeanordnung – auch im Hinblick auf die Schwere der Straftat, die Gegenstand der Ermittlungen ist – im Einzelfall notwendig und verhältnismäßig ist, da die Maßnahme nicht auf schwere Straftaten beschränkt wäre.²

Da jedoch der Vollstreckungsbehörde keinerlei Befugnisse zugestanden werden, ist es fraglich, ob die Anordnungsbehörden diese Bestimmungen tatsächlich einhalten könnten oder würden. Obwohl auch andere EU-Instrumente für die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen überwiegend – aber nicht ausschließlich – auf der Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die Anordnungsbehörde beruhen, sind die Bedenken in Bezug auf den Vorschlag

² S. 168.

zumindest aus drei verschiedenen, aber miteinander verknüpften Gründen sogar noch überzeugender.

1) Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung werden andere Aspekte berücksichtigt als in anderen Instrumenten.

Die Verhältnismäßigkeit ist ein vielgestaltiges Konzept, das in verschiedenen Kontexten des Unionsrechts³ und des Menschenrechts⁴ verwendet wird, um das Verhältnis zwischen einer Maßnahme und dem damit verfolgten Ziel⁵ sowie zwischen einem Grundrecht und dessen Einschränkung zu bestimmen. Im Einklang damit ist in der EEA-Richtlinie vorgesehen, dass bei Verhältnismäßigkeitsprüfungen die „*Rechte der verdächtigten oder beschuldigten Person*“ berücksichtigt werden sollten.⁶ Jedoch gibt es im Vorschlag zu elektronischen Beweismitteln keine derartige Bestimmung.

Die Probleme in Bezug auf die Verhältnismäßigkeit des Europäischen Haftbefehls entstanden aufgrund des offenkundigen Missbrauchs des Haftbefehls durch manche nationalen Behörden bei Bagatelldelikten. Dadurch wurden nicht nur die Stellung und die Rechte der betroffenen Person beeinträchtigt, sondern auch die Gesamteffizienz der justiziellen Zusammenarbeit, da die Kosten und der Ressourcenbedarf im Vollstreckungsstaat stiegen und das Vertrauen zwischen manchen Mitgliedstaaten und bestimmten nationalen Stellen belastet wurde, die den Europäischen Haftbefehl bekanntlich missbrauchten. Daher werden die Anordnungsbehörden in der überarbeiteten Fassung des „Europäischen Handbuchs mit Hinweisen zum Ausstellen eines Europäischen Haftbefehls“ dazu aufgefordert, unter Berücksichtigung der Gesamteffizienz von Strafverfahren Alternativen zum Europäischen Haftbefehl zu erwägen.⁷

Im Vorschlag wird jedoch nicht auf den Grundsatz der Effizienz der justiziellen Zusammenarbeit bei Verhältnismäßigkeitsprüfungen Bezug genommen. Im Grunde ist darin gar keine echte justizielle Zusammenarbeit vorgesehen. Stattdessen wird die Verhältnismäßigkeitsprüfung gemäß dem Vorschlag auf die Prüfung des Verhältnisses zwischen Europäischen Herausgabeordnungen und dem Zweck von Strafverfahren beschränkt. Dies ist insbesondere deswegen bedenklich, weil in diesem Zusammenhang die Frage aufgeworfen wird, in welchen Fällen eine nationale Stelle tatsächlich in Betracht zöge, dass ihr Ersuchen um Zugang zu Daten für die Zwecke ihres eigenen Verfahrens nicht verhältnismäßig oder notwendig ist.

³ Im Primärrecht z. B. in den Artikeln 3, 4 und 5 EUV, in Artikel 49 Absatz 3 und Artikel 52 Absatz 1 der EU-Grundrechtecharta und in diesbezüglichen Hervorhebungen in der Rechtsprechung des Gerichtshofs.

⁴ Siehe z. B. K. Möller. „Proportionality: Challenging the critics“, IJCL, 10(3), 1. Juli 2012. Siehe außerdem davor Y. Arai, „The Margin of Appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR“, Intersentia, 2002.

⁵ Man könnte hier z. B. an Artikel 52 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union denken, in dem festgelegt ist, dass Einschränkungen von Rechten und Freiheiten nur vorgenommen werden dürfen, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind, wenn sie erforderlich sind und legitimen Zielsetzungen entsprechen und wenn der Wesensgehalt der Rechte und Freiheiten geachtet wird.

⁶ In der Verordnung (EU) 2018/1805 über die gegenseitige Anerkennung von Sicherstellungs- und Einziehungsentscheidungen ist lediglich festgelegt, dass „*die Entscheidungsbehörde [gewährleistet], dass die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit befolgt werden*“, aber dies wird durch den Ablehnungsgrund auf der Grundlage einer möglichen Grundrechtsverletzung ausgeglichen. Das Gleiche gilt für die EEA-Richtlinie.

⁷ https://e-justice.europa.eu/content_european_arrest_warrant-90--maximize-de.do.

Da Europäische Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen unionsweit gelten, sollte das Verhältnis zwischen den Ermittlungsmaßnahmen und den Grundrechten, in die durch derartige Maßnahmen eingegriffen wird, nämlich das Recht auf Schutz der Privatsphäre gemäß Artikel 7 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention, im Zuge von Verhältnismäßigkeitsprüfungen gründlich geprüft werden. Gemäß der Rechtsprechung des EGMR zur Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Rechtsvorschriften zur Privatsphäre und zum Strafrecht müssen Maßnahmen „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ sein, d. h. sie müssen in einem angemessenen Verhältnis zum damit verfolgten legitimen Ziel stehen. In diesem Zusammenhang bedeutet „notwendig“ nicht „nützlich“ „sinnvoll“ oder „wünschenswert“, sondern es impliziert eindeutig, dass im Hinblick auf den fraglichen Eingriff ein „dringendes soziales Bedürfnis“ vorliegt. Bei gezielten Eingriffen in Hinblick auf die Telekommunikation (nicht in Bezug auf Massendaten⁸) müssen die Anordnungsbehörden sogar nachweisen, dass genügend Beweise vorliegen, die einen solchen Eingriff rechtfertigen (dass z. B. begründeter Verdacht oder begründete Zweifel bestehen).⁹

Da die vorgeschlagene Verordnung nach ihrer Annahme unmittelbar gelten wird, sollten darin Klarstellungen zum Aspekt der Verhältnismäßigkeit getroffen werden, um Problemen bezüglich der Vorhersehbarkeit vorzubeugen und insbesondere die Achtung der Grundrechtsprinzipien sicherzustellen. Bei Verhältnismäßigkeitsprüfungen sollten vor allem die Rechte von Verdächtigen und von Datensubjekten, die nicht Gegenstand der Ermittlungen sind, berücksichtigt werden.

⁸ Zu Eingriffen in Bezug auf Massendaten siehe zuletzt die Beschwerdesache *Big Brother Watch und andere gegen Vereinigtes Königreich*, Bsw. 58170/13, 62322/14 und 24960/15 (Verweisung an die Große Kammer).

⁹ In diesem Zusammenhang muss im Hinblick auf die Vorhersehbarkeit der Maßnahme erneut auf das erste Kriterium der Rechtmäßigkeit hingewiesen werden, durch das eine weitere Prüfung der Notwendigkeit häufig ausgeschlossen wird (weil es nicht erfüllt wird), siehe die Beschwerdesachen *Roman Sacharov gegen Russland* (Rn. 229), *Malone gegen Vereinigtes Königreich* (Rn. 67), *Huvig gegen Frankreich* vom 24. April 1990 (Rn. 29), Serie A Nr. 176-B, *Valenzuela Contreras gegen Spanien* vom 30. Juli 1998 (Rn. 46), die „Reports of Judgments and Decisions 1998-V“, die Beschwerdesachen *Rotaru gegen Rumänien* (Rn. 55) und *Weber und Saravia gegen Deutschland* (Rn. 93) und die Beschwerdesache *Association for European Integration and Human Rights und Ekimdžiev gegen Bulgarien*, Bsw. 62540/00, Rn. 75, 28. Juni 2007. Der EGMR hat in seiner Rechtsprechung zur Kommunikationsüberwachung bei strafrechtlichen Ermittlungen zu folgenden Themen Mindestanforderungen ausgearbeitet, die gesetzlich festgelegt werden sollten, um Machtmissbrauch zu verhindern: zu den Arten von Straftaten, für die eine Überwachungsanordnung erlassen werden kann, zu der Definition der Personengruppen, bei denen eine Überwachung der Kommunikation wahrscheinlich ist, zu der Beschränkung der Dauer der Überwachung, zu dem Verfahren für die Analyse, Verwertung und Speicherung von Daten, zu den bei der Übermittlung der Daten an Dritte zu ergreifenden Vorsichtsmaßnahmen, zu den Umständen, unter denen abgefangene Daten gelöscht oder vernichtet werden dürfen bzw. müssen und zu den Regelungen für die Überwachung der Umsetzung geheimer Überwachungsmaßnahmen, Meldeverfahren und in nationalen Rechtsvorschriften vorgesehene Abhilfemaßnahmen.