

Bundesministerium für
Verfassung, Reformen,
Deregulierung und Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

Wien, am 25. September 2018

21/ 18/142

Vorschlag für eine VO des Europäischen Parlaments und des Rates über Europäische Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen (COM(2018) 225 final)

**Referenten: Dr. Mathias Preuschl, Rechtsanwalt in Wien
Mag. Rüdiger Schender, Rechtsanwalt in Wien**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) ist die gesetzlich eingerichtete Vertretung der Rechtsanwälte in Österreich und als solche zur Wahrung der Rechte und Angelegenheiten sowie zur Vertretung der österreichischen Rechtsanwälte auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene berufen. Als solcher obliegen ihm besonders die Erstattung von Gesetzesvorschlägen und Stellungnahmen zu Gesetzesentwürfen sowie die Anzeige von Mängeln der Rechtspflege und Verwaltung bei der zuständigen Stelle und die Erstattung von Vorschlägen zur Verbesserung von Rechtspflege und Verwaltung.

Der ÖRAK erlaubt sich, zu dem **Vorschlag für eine VO des Europäischen Parlaments und des Rates über Europäische Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen (COM(2018) 225 final)** wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Einführung:

Das Ziel dieser Verordnung ist es offensichtlich, ein Regelwerk zu schaffen, nach dem eine Behörde eines Mitgliedstaats (**Anordnungsstaat**) von einem Diensteanbieter, der in einem anderen Mitgliedstaat Dienstleistungen anbietet (**Vollstreckungsstaat**), verlangen kann, elektronische Beweismittel herauszugeben oder zu sichern, unabhängig davon, wo sich die Daten befinden (also sowohl im EU-Ausland als auch



in Drittstaaten). Mit anderen Worten: es kommt nicht darauf an, wo sich der Server befindet, sondern wo die Firma ihren Sitz hat (EU-Sitz von facebook ist zB in Irland, die Server stehen wohl überall auf der Welt). Damit wird die Verpflichtung zum Transfer etwaiger Auslandsdaten ins Unionsinland geschaffen. Das bedeutet den **Abschied von dem im Rechtshilferecht/Anwendungsrecht maßgebenden Territorialitätsprinzip**. Hinzu kommt, dass für den Schutz des Betroffenen ausschließlich das Recht des Anordnungsstaates maßgeblich ist und die Justiz- und Rechtsschutzbehörden des Vollstreckungsstaates grundsätzlich gar nicht mehr eingebunden sind.

2. Allgemeine und rechtspolitische Kritikpunkte:

Privatisierung des klassischerweise zwischenstaatlichen Rechtshilfesystems und Privatisierung der Rechtskontrolle mit schwerwiegenden Folgen für den Grundrechtsschutz

Die Grundrechte gelten unmittelbar nur im Verhältnis zum Staat und seinen Organen/Behörden; im Verhältnis zwischen Privaten gibt es allenfalls eine mittelbare Wirkung (die sog. Drittwirkung von Grundrechten) – die Grundrechte werden allenfalls bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln, wie z.B. „Treu und Glaube“, „sittenwidrig“ und dgl. berücksichtigt. Private Diensteanbieter können den Grundrechtsschutz nicht effektiv gewährleisten – bei der Prüfung sind sie auf die ihnen übermittelten Informationen eingeschränkt; mangels hoheitlicher Befugnisse können sie selbstständig keine Informationen beschaffen. Konsequenter- und ehrlicherweise wird daher von der VO auch nur eine **oberflächliche Rechtskontrolle des privaten Diensteanbieters** vorgesehen (vgl. Art 9 Abs 2 und Abs 5). Grundlage der Prüfung sollen lediglich die in Formularen enthaltenen Informationen sein, deren Umfang die ersuchende Stelle selbst bestimmt und damit auch das Ergebnis der Rechtskontrolle (durch einen Privaten!) weitgehend vorbestimmen kann. Unter diesen Umständen – insbesondere ohne die Verifikationsmöglichkeit der angegebenen Informationen oder Nachfragemöglichkeiten – ist die **Rechtskontrolle eine Illusion**. Da die Privaten kein Adressat der Grundrechte sind, stellt sich die Frage, ob bzw. inwiefern man überhaupt darauf vertrauen (oder gar verlangen!) kann, dass eine - ohnedies nur oberflächlich vorgesehene - Rechtskontrolle überhaupt von den privaten Anbietern vorgenommen werden würde. Der Vollstreckungsstaat (respektive dessen Justizbehörden), in dem der Diensteanbieter eine Niederlassung hat, hat von sich aus kaum eine Möglichkeit, zu kontrollieren, ob die Kontrollpflicht nach Art 9 von dem Diensteanbieter vorgenommen wird, insbesondere wird er von der Maßnahme regelmäßig gar keine Kenntnis haben. Dies hat geradezu groteske Folgen: Für den Grundrechtsschutz auf seinem Gebiet ist zwar der Vollstreckungsstaat primär zuständig, den Grundrechtsschutz kann er aber erst (und überhaupt nur dann!) gewährleisten, wenn der private Diensteanbieter ihm seine Bedenken meldet. Insoweit wird der Vollstreckungsstaat in der Regel „übersprungen“, was mit der **Beeinträchtigung bzw. Verdrängung seiner Souveränität, aber auch seiner grundrechtlichen Pflichten** verbunden ist. Der Anordnungsstaat wird sich daher zwangsweise in die inneren Angelegenheiten eines anderen Staates (Vollstreckungsstaat) einmengen. Das hat zur Konsequenz, dass der Anordnungsstaat den Grundrechtsschutz im Vollstreckungsstaat übernehmen muss. Gerade in Hinblick auf die zuletzt vom EuGH judizierte Prüfpflicht bezüglich der rechtsstaatlichen



Garantien im Ausstellungsstaat eines Europäischen Haftbefehles (siehe C-216/18 PPU) ist diese Konsequenz wohl nicht gewünscht.

Die unzulässige Rechtsform der Regelung über Europäische Herausgabeankordnungen und Sicherungsankordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen als VO

Soweit ersichtlich, wurden bisher die inhaltlichen Regelungen im Rahmen der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen (Art 82 Abs 1 AEUV) ausschließlich als Richtlinie (bzw. vor den Verträgen von Lissabon im Rahmen der sog. dritten Säule als Rahmenbeschlüsse) erlassen, vgl. die ausgewählten Beispiele:

- Richtlinie (EU) 2016/800 über Verfahrensankordnungen in Strafverfahren für Kinder, die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren (ABl. L132 vom 21.5.2016, S.1)
- Richtlinie 2014/41/EU über die Europäische Ermittlungsankordnung in Strafsachen (ABl. L 130 vom 1.5.2014, S.1).
- Rahmenbeschluss 2002/584/JI über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (ABl. L 190 vom 18/07/2002 S. 0001 – 0020)
- Richtlinie 2010/64/EU über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren (ABl. L 280, 26.10.2010, S. 1–7)
- Richtlinie 2012/13/EU über das Recht auf Belehrung der Verdächtigten oder beschuldigten Personen über ihre Rechte (ABl. L 142 vom 1.6.2012, S. 1-10)

Art 82 AEUV bildet schlicht keine Kompetenzgrundlage für den Erlass dieser Verordnung – weder formell noch inhaltlich:

Art 82 AEUV zieht in seinen Abs 1 und 2 enge Grenzen und **beschränkt den zulässigen Regelungsbereich** im Wesentlichen auf die **Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen** sowie auf die **Zusammenarbeit zwischen (Justiz-)Behörden** (vgl. Art 82 Abs 1 lit a -d). Der gegenständliche Entwurf sieht aber im Gegensatz dazu eine unmittelbare Interaktion und Anordnungsankbefugnis der Justizbehörden im Anordnungsstaat (die auch Staatsanwaltschaften oder sogar bloß Polizeibehörden sein können) mit und gegenüber idR privaten Anbietern ohne Zwischenschaltung von Gerichten oder anderen Justizbehörden des Vollstreckungsstaates vor.

Darüber hinaus erlaubt Art 82 Abs 2 AEUV für die in leg cit vorgesehene Regelungsbereich ausdrücklich bloß die **Rechtsform der Richtlinie**.

Richtlinien sind von den Mitgliedstaaten im Umfang des durch die Richtlinien eingeräumten Spielraums durch nationales Recht umzusetzen. Bei der Verordnung hingegen haben die Mitgliedstaaten keinen Ermessensspielraum, sie ist unmittelbar (ohne nationalen Transaktionsakt) anzuwenden. Die Rechtsform der Verordnung wurde im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit vom Primärrechtsgesetzgeber der Union (aus guten Gründen) gerade eben nicht vorgesehen.



Es besteht die Gefahr, dass innerstaatliche Rechtsschutzstandards – soweit diese höher sind – nach dem Erlass der Verordnung, an diese angepasst (dh reduziert) werden.

In diesem Zusammenhang ist auf die folgende Passage aus der Stellungnahme des deutschen Richterbunds zu verweisen (abrufbar unter http://www.drb.de/fileadmin/pdf/Stellungnahmen/2018/DRB_180629_Stn_Nr_6_Elekt_ronische_Beweismittel.pdf):

„Aufgabe des deutschen Gesetzgebers muss es sein, die deutsche Strafprozessordnung an die Vorgaben der Verordnung (sofern sie wie von der Kommission vorgeschlagen verabschiedet wird) anzupassen, um zu vermeiden, dass deutsche Ermittlungsbehörden gegenüber in Deutschland niedergelassenen Providern „weniger“ dürfen als gegenüber Providern mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat. Dies ist notwendig, um sicherzustellen, dass in Deutschland ansässige Provider auch gegenüber den deutschen Ermittlungsbehörden Daten, welche weltweit gespeichert sind, zuziehen und herausgeben müssen. Diese Pflicht ist bisher nicht eindeutig normiert. Außerdem müsste sichergestellt werden, dass auch aus deutscher Sicht die Erhebung von Daten über einen deutschen Provider, welche im Ausland gespeichert sind, keinen Eingriff in die Souveränität eines ausländischen Staates darstellt.“

3. Anmerkungen zu einzelnen Bestimmungen des Entwurfes:

a) Nichtbeachtung des Schutzes der anwaltlichen Verschwiegenheit

Eine Rücksichtnahme auf die Verschwiegenheit des Verteidigers ist in der Verordnung, Art 5 Abs 7, Art 18, zwar vorgesehen. Dies bedeutet aber (zumindest aus österreichischer Sicht) einen Rückschritt, da das „Verteidigergeheimnis“ nicht mit dem Schutz der rechtsanwaltlichen Verschwiegenheitsverpflichtung ident ist. Zunächst muss ein Verteidiger nicht unbedingt ein Rechtsanwalt sein. Vor allem aber ist z.B. in Österreich nicht nur das Verteidigergeheimnis, sondern schlechthin die rechtsanwaltliche Verschwiegenheitsverpflichtung – also auch die Kommunikation und der Informationsaustausch z.B in Zivilrechtssachen – geschützt.

Der Schutz der rechtsanwaltlichen Verschwiegenheitsverpflichtung im Vollstreckungsstaat wird durch den Entwurf dem Anordnungsstaat übertragen (so würde zum Beispiel einer rumänische Behörde nach dem Erlass der Europäischen Herausgabeanordnung und einer Europäischen Sicherungsanordnung, die in Österreich vollgestreckt wird, die Berücksichtigung des Schutzes der Verteidigerkommunikation in Österreich übertragen). Solange in den Mitgliedstaaten der EU Unterschiede betreffend den Schutz der rechtsanwaltlichen Verschwiegenheitsverpflichtung bestehen, ist diese Lösung nicht akzeptabel.



b) Praktische Rechtslosigkeit des Betroffenen (Inhaber der Daten)

Im Regelfall wird der Diensteanbieter die Anordnung ausführen (Grundrechtsschutz wird wohl kaum ein Thema sein) und die Daten nach Art 9 Abs. 1, 2 übermitteln. Nur dann, wenn sich die Anordnung nicht umsetzen lässt, muss dieser gegenüber der Behörde des Anordnungsstaates aktiv werden (Art 9 Abs. 3, 4). Erst bei der Nichterfüllung der Übermittlungspflicht müssen die Behörden im Vollstreckungsstaat eingeschaltet werden (Art 14). Von der Übermittlung von seinen Daten erfährt der Betroffene überhaupt erst nach Abschluss der Ermittlungen (Art 11). Der Betroffene kann dann im Anordnungsstaat Rechtsmittel einlegen und ist daher auf dessen Rechtsschutzniveau angewiesen. Dies führt in der Praxis zu einer weitgehenden Rechtslosigkeit der Betroffenen. Dagegen ist der Schutz des Diensteanbieters eher gut ausgebaut (Art 15, 16 VO).

Der Rechtsschutz des Betroffenen im Vollstreckungsstaat ist nicht vorgesehen und die Informationsdefizite vorprogrammiert. Im Ergebnis gibt es bloß eine illusorische Rechtsschutzkontrolle im Anordnungsstaat. Handelt es sich bei Österreich um einen Vollstreckungsstaat müsste zumindest eine präventive Rechtskontrolle durch den Rechtsschutzbeauftragten – auf Grundlage des österreichischen Rechts – gewährleistet werden.

c) Haftungsbeschränkung des Diensteanbieters

Im Erwägungsgrund 46 wird eine weitgehende Haftungsbefreiung des Diensteanbieters postuliert. Im Hinblick auf die schon angeführte weitgehende Übertragung der Gewährleistung des Rechtsschutzes auf den Diensteanbieter ist dies nicht akzeptabel.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Rupert Wolff