



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

## Stellungnahme Nr. 88/2024

Dezember 2024

Registernummer: 25412265365-88

**Referentenentwurf des BMJ – Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2023/1544 und zur Durchführung der Verordnung (EU) 2023/1543 über die grenzüberschreitende Sicherung und Herausgabe elektronischer Beweismittel im Strafverfahren innerhalb der Europäischen Union**

Mitglieder des AS Strafrecht (Strauda)

**RAin Dr. Carolin Arnemann**

**RA Prof. Dr. Jan Bockemühl**

**RA Prof. Dr. Alfred Dierlamm**

**RA Prof. Dr. Björn Gercke**

**RA Dr. Mayeul Hiéramente (Berichterstatter)**

**RA Thomas C. Knierim**

**RA Dr. Daniel M. Krause**

**RAin Theres Kraußlach**

**RA Prof. Dr. Holger Matt (Vorsitzender und Berichterstatter)**

**RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus**

**RA Prof. Dr. Tido Park**

**RAin Dr. Hellen Schilling**

**RA Dr. Jens Schmidt**

**RAin Dr. Annette von Stetten**

**Prof. Dr. Dominik Brodowski (Berichterstatter)**

**RAin Leonora Holling, Schatzmeisterin, Bundesrechtsanwaltskammer**

Mitglieder des AS Europa

**RA Dr. Sebastian Cording**

**RA Dr. Hans-Joachim Fritz**

**RA Marc André Gimmy**

**RAin Dr. Margarete Gräfin von Galen (Vorsitzende und Berichterstatterin)**

**RA Andreas Max Haak**

**RA Dr. Frank J. Hospach**

**RA Dr. Christian Lemke**

**RA Maximilian Müller**

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar  
Barreau Fédéral Allemand  
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9    Tel. +49.30.28 49 39 - 0  
10179 Berlin    Fax +49.30.28 49 39 -11  
Deutschland    Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9    Tel. +32.2.743 86 46  
1040 Brüssel    Fax +32.2.743 86 56  
Belgien    Mail brak.bxl@brak.eu

**RAin Dr. Kerstin Niethammer-Jürgens**

**RA Dr. Hans-Michael Pott**

**RA Jan K. Schäfer, LL.M.**

**RAin Stefanie Schott (Berichterstatte(r)in)**

**Prof. Dr. Gerson Trüg**

**RA Andreas von Máriássy**

**RA Dr. Christian Lemke, Vizepräsident, Bundesrechtsanwaltskammer**

**RAin Astrid Gamisch, LL.M., Bundesrechtsanwaltskammer, Brüssel**

**Ass. jur. Nadja Wietoska, Bundesrechtsanwaltskammer, Brüssel**

**Ass. jur. Frederic Boog, LL.M., Bundesrechtsanwaltskammer, Brüssel**

**Ass. jur. Sarah Pratscher, Bundesrechtsanwaltskammer, Brüssel**

**Verteiler:**

Bundesministerium der Justiz

Bundesministerium des Innern und für Heimat

Justizministerien der Länder

Innenministerien der Länder

Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages

Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen

Rechtsanwaltskammern

Der Generalbundesanwalt beim BGH

Bundesgerichtshof

Bundesverband der Freien Berufe

Bundesnotarkammer

Bundessteuerberaterkammer

Deutscher Steuerberaterverband

Wirtschaftsprüferkammer

Institut der Wirtschaftsprüfer

Deutscher Anwaltverein

Deutscher Notarverein

Deutscher Richterbund

Deutscher Juristinnenbund

Bundesvorstand Neue Richtervereinigung

Strafverteidigervereinigungen

Deutsche Strafverteidiger e.V.

Neue Richtervereinigung e.V.

Bund Deutscher Kriminalbeamter

Redaktionen der NJW, Beck Verlag, Deubner Verlag, Jurion, Juris, LexisNexis,

Otto Schmidt Verlag, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag,

Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht,

Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht,

wistra - Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Zeitschrift HRR-Strafrecht,

Kriminalpolitische Zeitschrift

FAZ, Süddeutsche Zeitung, Die Welt, Handelsblatt, Tagesspiegel, LTO, Der Spiegel,

Focus, Die ZEIT

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit rund 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten<sup>1</sup> gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

## Stellungnahme

### I. Einführung

Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt, dass das Bundesministerium der Justiz (BMJ) bereits frühzeitig den Schritt zur Umsetzung bzw. Ergänzung europarechtlicher Vorgaben unternommen und hierfür einen, aus Sicht der Bundesrechtsanwaltskammer ausgewogenen Entwurf vorgelegt hat. Hinsichtlich der vorgeschlagenen Regelungen des Teils 3 („Durchführung der Verordnung (EU) 2023/1543“; fortan: E-Evidence-Verordnung) besteht aus Sicht der Bundesrechtsanwaltskammer in einzelnen Punkten Änderungsbedarf. Bedauerlich ist, dass der Referentenentwurf den europarechtlich zulässigen und zum Antragsrecht der Verteidigung notwendigen Umsetzungsspielraum nicht genutzt hat, um einige notwendige Anpassungen vorzunehmen.

Zudem sollte erwogen werden, die rechtshilferechtlichen Regelungen in die Neufassung des – dringend reformbedürftigen – IRG<sup>2</sup> zu integrieren, ebenso wie die Umsetzung der Europäischen Ermittlungsanordnung im IRG zu finden ist (§§ 91 a ff. IRG a.F., §§ 258 ff. IRG-RefE).

### II. Zuständigkeitsregelung

Der Referentenentwurf definiert in § 7 EBewMG-RefE die Zuständigkeit für den Erlass Europäischer Herausgabeanordnungen und in § 8 EBewMG-RefE die Zuständigkeit für etwaige Validierungen. In § 9 EBewMG-RefE wird die Zuständigkeit für den Erlass Europäischer Sicherungsanordnungen definiert. Dabei orientiert sich der Referentenentwurf an der Zuständigkeit für den Erlass vergleichbarer Maßnahmen im rein nationalen Kontext und stellt sicher, dass bei eingriffsintensiven Maßnahmen eine Einbindung der Gerichte erfolgt. Insoweit hat der Referentenentwurf eine nachvollziehbare und überzeugende Zuständigkeitsregelung getroffen. Da bei Erlass der Anordnungen eine Prüfung nach nationalem Recht zu erfolgen hat,<sup>3</sup> ist es zielführend, eine einheitliche Zuständigkeitsregelung vorzunehmen.

Aus Perspektive der Praxis ist indes bedenklich, dass der Referentenentwurf pauschal auf den „Achten Abschnitt des Ersten Buch der Strafprozessordnung“ verweist. Dieser enthält u.a. Vorschriften zur Beschlagnahme (§§ 94 ff. StPO), die §§ 100 a ff. StPO sowie die Regelungen zur Durchsuchung (§§ 102 ff. StPO). Dies führt zu Anwendungsschwierigkeiten. Zum einen ist für den Rechtsanwender unklar, welche Vorschriften zu der gebotenen Prüfung nach dem nationalen Recht heranzuziehen sind. Zum anderen folgt aus dieser Unklarheit auch eine Unsicherheit hinsichtlich der Zuständigkeit. Dies mag bei Anordnungen zur Sicherung und Herausgabe von Teilnehmerdaten<sup>4</sup> und Verkehrsdaten

---

<sup>1</sup> Im Interesse einer besseren Lesbarkeit wird nicht ausdrücklich in geschlechtsspezifischen Personenbezeichnungen differenziert. Die im Folgenden gewählte männliche Form schließt alle Geschlechter gleichberechtigt ein.

<sup>2</sup> Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen (IRG); siehe hierzu die BRAK-Stellungnahmen Nr. 50/2024 und 83/2024.

<sup>3</sup> RefE, S. 49: „Das Gericht hat also nach einem doppelten Maßstab zu prüfen: Zum einen anhand der Verordnung (EU) 2023/1543, zum anderen anhand des nationalen Rechts.“

<sup>4</sup> Im Sprachgebrauch der StPO: Bestandsdaten und Nutzungsdaten, vgl. RefE, S. 43.

vertretbar sein. Hinsichtlich des Zugriffs auf Inhaltsdaten dürfte es in der Praxis jedoch zu beträchtlichen Rechtsunsicherheiten kommen.<sup>5</sup> Es wäre daher zu prüfen, ob bei der Zuständigkeitsregelung im EBewMG-RefE auf die *konkreten* Zuständigkeitsregelungen in der StPO verwiesen werden sollte.

### III. Effektiver Rechtsschutz

Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt, dass der Referentenentwurf für einen effektiven Rechtsschutz Sorge tragen will und die dazu erforderlichen Rechtsbehelfe vorsieht. Da die Vollstreckung der Herausgabeanordnungen einerseits auf maximale Beschleunigung ausgerichtet ist und die betroffene Person andererseits in der Praxis in aller Regel erst nachträglich über die bereits erfolgte Herausgabe von Daten informiert werden wird, wird die Herausgabe der Daten im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung in aller Regel bereits erfolgt sein. Die Bundesrechtsanwaltskammer hält es daher für geboten und begrüßt dementsprechend, dass für Fälle ausgehender Europäischer Herausgabeanordnungen in § 15 Abs. 2 EBewMG-RefE die Löschung der rechtswidrig erlangten Daten angeordnet wird.

#### 1. Rechtsschutz gegen Europäische Herausgabeanordnungen (Deutschland als Anordnungsstaat)

In § 14 Abs. 1 EBewMG-RefE werden Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Anordnung Europäischer Herausgabeanordnungen definiert. Insoweit ist es überzeugend, dass sich der Referentenentwurf am Rechtsschutz gegen vergleichbare Maßnahmen im nationalen Recht orientiert und daher auf die Regelungen des § 98 Abs. 2 S. 2 ff. StPO sowie die Beschwerdevorschriften der §§ 304 ff. StPO verweist. Es ist sachgerecht, dass für diese Maßnahmen im Grundsatz die Amts- und Landgerichte zuständig sind. Dieses Rechtsschutzkonzept steht auch im Einklang mit dem Ansatz des IRG-Referentenentwurfs. Die Bundesrechtsanwaltskammer hat allerdings bereits darauf hingewiesen, dass bei besonders eingriffsintensiven Maßnahmen eine Einbindung der mit Rechtshilfethemen vertrauten Oberlandesgerichte als weitere Instanz zur Klärung von Rechtsfragen wünschenswert wäre, um eine einheitlichere Rechtsprechung zu gewährleisten.<sup>6</sup> Eine derartige Einbindung wäre auch beim EBewMG-RefE zu begrüßen.

Darüber hinaus sollte in § 14 Abs. 1 EBewMG-RefE klargestellt werden, dass gegen Europäische Herausgabeanordnungen der Staatsanwaltschaft<sup>7</sup> nicht nur ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 98 Abs. 2 S. 2 StPO gestellt werden kann, sondern eine Beschwerdemöglichkeit zum Landgericht besteht. Eine solche ließe sich zwar aus § 13 EBewMG-RefE herleiten. Eine Beschwerdemöglichkeit dürfte zwar intendiert sein, da selbst für die Europäische Sicherungsanordnung eine Möglichkeit der Anrufung des Landgerichts vorgesehen ist (§ 14 Abs. 2 EBewMG-RefE).<sup>8</sup> Der Wortlaut des § 14 EBewMG-RefE könnte jedoch unterschiedlich ausgelegt werden. Im Interesse der Rechtsklarheit sollte die **Beschwerdemöglichkeit** unbedingt auch in § 14 Abs. 1 EBewMG-RefE klargestellt werden.

Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt, dass in § 15 Abs. 2 EBewMG-RefE die Folgen einer Feststellung der Rechtswidrigkeit ausdrücklich geregelt werden.

---

<sup>5</sup> Vgl. z. B. dem Meinungsstreit hinsichtlich des Zugriffs auf „Alt-Emails“ BT-Drs. 18/12785, S. 50 f.; *Oppermann*, juris PraxisReport StrafR 22/2024, Anm. 3; *Grözinger* NSTZ 2021, 358-360; *Hiéramente* WiJ 2021, 19; aA BGH, Beschl. v. 14.10.2020, 5 StR 229/19; im Ergebnis zustimmend *Abraham*, HRRS 2021, 356. Begrüßenswert der Hinweis, RefE, S. 44, auf die möglicherweise zu erfolgende Prüfung anhand von § 100b StPO.

<sup>6</sup> Vgl. dazu BRAK-Stellungnahme 83/2024, S. 9 f.

<sup>7</sup> Oder bei Validierung durch die Staatsanwaltschaft, vgl. RefE, S. 48.

<sup>8</sup> RefE, S. 48.

## 2. Rechtsschutz gegen Europäische Herausgabebeanordnungen (Deutschland als Vollstreckungsstaat)

Begrüßenswert im Hinblick auf die Gewährung von Rechtsschutz gegen in Deutschland zu vollstreckende Europäische Herausgabebeanordnungen ist, dass der Referentenentwurf in §§ 16, 17 EBewMG-RefE ein gerichtliches Verfahren vorsieht, in dem betroffene Personen oder deren gesetzliche Vertreter antragsberechtigt sind (§ 16 Abs. 3 EBewMG-RefE). Der Prüfungsmaßstab richtet sich nach Art. 12 E-Evidence-Verordnung. Maßgeblich ist, ob die Vollstreckungsbehörde ermessensfehlerhaft auf die Geltendmachung von Ablehnungsgründen verzichtet hat. Da sich aus der E-Evidence-Verordnung aus dem Zusammenspiel von Art. 12 und den Erwägungsgründen, insbesondere aus Erwägungsgrund 62, ein Ermessen der Vollstreckungsbehörde ergibt, erkennt die Bundesrechtsanwaltskammer an, dass der nationale Gesetzgeber europarechtlich verpflichtet ist, (nur) eine Überprüfung der Ermessensausübung zu ermöglichen. Allerdings dürfte angesichts der Ausgestaltung der Ablehnungsgründe zumeist von einer Ermessensreduktion auf Null auszugehen sein.

Zuständig für die gerichtliche Prüfung ist das Amtsgericht. Die Zuweisung an die ordentlichen Gerichte überzeugt. Ebenso ist es überzeugend, wenn man die Prüfung zunächst dem Amtsgericht zuweist. Angesichts der besonderen Grundrechtsrelevanz der in Art. 12 E-Evidence-Verordnung normierten Ablehnungsgründe sowie der (möglichen) Bedeutung einer Ablehnungsentscheidung für den weiteren Umgang mit den Daten im Anordnungsstaat<sup>9</sup> ist allerdings die **Einbindung des Landgerichts dringend geboten**. Insbesondere einer Entscheidung über die Reichweite der in der StPO zum Schutz von Berufsheimnisträgern vorgesehenen Vorschriften kommt eine fundamentale Bedeutung für ein faires und rechtsstaatliches Verfahren zu,<sup>10</sup> der mit der Beschwerdemöglichkeit zum Landgericht Rechnung zu tragen ist. Darüber hinaus kann durch eine Beschwerdemöglichkeit zum Landgericht vermieden werden, dass sich eine schier unübersehbare Kasuistik deutscher Amtsgerichte herausbildet. Schließlich entspricht die Möglichkeit der Beschwerde (§§ 304 ff. StPO)<sup>11</sup> oder sofortigen Beschwerde (§ 311 StPO)<sup>12</sup> der Systematik der StPO – auch bei der nachträglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit einer (sonstigen) Ermittlungsmaßnahme. Ein Ausschluss der Beschwerde wäre daher eine systemwidrige Ausnahme.

### IV. Schutz von Berufsheimnisträgern

Der Gesetzestext verhält sich nicht ausdrücklich zur Thematik des Schutzes von Berufsheimnisträgern. Die Begründung des Referentenentwurfs betont jedoch an verschiedenen Stellen die Bedeutung des Schutzes von Berufsheimnisträgern.

#### 1. Deutschland als Anordnungsstaat

In der Begründung des Referentenentwurfs wird klargestellt, dass der Schutz von Berufsheimnisträgern aus zweierlei Weise erfolgt. Zum einen wird erläutert, dass sich aus der E-Evidence-Verordnung spezifische Pflichten zum Schutz von Berufsheimnisträgern ergeben.<sup>13</sup> Darüber hinaus wird explizit darauf hingewiesen, dass die Schutzvorschriften des nationalen Rechts – der Referentenentwurf nennt Beschlagnahmeverbote – zu beachten sind.<sup>14</sup> Auf diese Weise wird sichergestellt, dass bei einer Anordnung durch eine deutsche Behörde die Schutzvorschriften der StPO (insb. §§ 53, 97, 100 d Abs. 5, 100 g Abs. 4, 148 StPO) Anwendung finden. Aus Sicht der Praxis wäre

<sup>9</sup> Vgl. z. B. Art. 10 Abs. 4 E-Evidence-VO für Übermittlung in Notfallkonstellationen.

<sup>10</sup> Vgl. z. B. BVerfG NJW 2005, 1917.

<sup>11</sup> Vgl. LG Lübeck, Beschl. v. 29.09.2022 – 6 Qs 21/22.

<sup>12</sup> Vgl. dazu § 101 Abs. 7 S. 3 StPO.

<sup>13</sup> RefE, S. 22.

<sup>14</sup> RefE, S. 22.

wünschenswert, wenn sich diese Prüfvorgaben auch im Text des EBewMG-RefE niederschlagen würden, damit eine regelmäßige Anwendung sichergestellt ist.

## 2. Deutschland als Vollstreckungsstaat

Die Begründung des Referentenentwurfs stellt auch insoweit klar, dass die Vollstreckungsbehörde im Rahmen einer Prüfung der Ablehnungsgründe nach Art. 12 E-Evidence-Verordnung im Rahmen der Prüfung der Vorrechte (Art. 12 Abs. 1 a) E-Evidence-Verordnung) auch die deutschen Vorschriften zum Schutz von Berufsgeheimnisträgern zu prüfen hat.<sup>15</sup> Auch hier wäre es wünschenswert, wenn das in der Begründung geschilderte Prüfprogramm sich auch im Gesetzestext niederschlagen würde.

Angezeigt wäre darüber hinaus eine Ergänzung, z. B. des § 6 Abs. 1 EBewMG-RefE. Hierin sollte eine Verpflichtung niedergelegt werden, die Verpflichteten nach § 3 EBewMG-RefE über die in Deutschland maßgeblichen Ablehnungsgründe (Immunitäten, Vorrechte, Schutz der Pressefreiheit) und deren gesetzlicher Grundlage in Kenntnis zu setzen, damit diese im Interesse ihrer, von der Maßnahme betroffenen Vertragspartner Hinderungsgründe nach Art. 10 Abs. 8 E-Evidence-Verordnung iVm Abschnitt D von Annex III zur E-Evidence-Verordnung geltend machen<sup>16</sup> oder – in einem späteren Stadium – auf eine Ablehnung der Vollstreckung einer Anordnung hinwirken können.<sup>17</sup> Dies ist indes nur auf Grundlage ausreichender Kenntnis der maßgeblichen Rechtslage möglich.

## V. Antragsrecht für die Verteidigung

Der Referentenentwurf setzt das in Art. 1 Abs. 2 der E-Evidence-Verordnung vorgegebene Antragsrecht des Beschuldigten bzw. seines Rechtsanwalts nicht um. Vielmehr verweist er lediglich in den §§ 13, 14 EBewMG-RefE auf die Vorschriften der StPO. Diese sehen aber jedenfalls im Stadium des Ermittlungsverfahrens kein Antragsrecht des Beschuldigten bzw. seines Verteidigers im Hinblick auf die Beweiserhebung vor.<sup>18</sup> Die Entscheidung darüber, welche Beweise erhoben werden, liegt im Ermessen der Staatsanwaltschaft. Eine Möglichkeit zu einer (gerichtlichen) Überprüfung der Entscheidung der Staatsanwaltschaft ist im nationalen Strafprozessrecht ebenfalls nicht vorgesehen.

Dem Referentenentwurf liegt offenbar ein Verständnis zugrunde, wonach dem Beschuldigten und seiner Verteidigung das Antragsrecht nur dann einzuräumen wäre, wenn ein solches Recht nach nationalem Strafprozessrecht ohnehin bereits besteht. Dass der Standpunkt des Referentenentwurfs hierzu nicht richtig sein kann, folgt bereits daraus, dass bei einem solchen Verständnis die Normierung des Antragsrechts in der Verordnung entbehrlich gewesen wäre. Dem europäischen Gesetzgeber war es aber offensichtlich sehr wichtig, das Antragsrecht gleich im ersten Artikel der Verordnung zu verankern. Der Verweis auf das nationale Recht bezieht sich demgegenüber lediglich auf die Frage, wie dieses Recht konkret ausgestaltet ist. Statt das Antragsrecht selbst in der Verordnung zu regeln, überlässt der europäische Gesetzgeber die Umsetzung den Mitgliedstaaten, damit diese es in das nationale Prozessrecht einpflegen können. Insofern bleibt der Referentenentwurf die nähere Ausgestaltung des in Art. 1 Abs. 2 der E-Evidence-Verordnung verankerten Antragsrechts schuldig. Damit wird der Referentenentwurf einer europarechtlichen Überprüfung durch den EuGH aller Voraussicht nach nicht standhalten, zumal das Argument des „*effet utile*“ aus Art. 4 Abs. 3 EUV bei der Anwendung des

---

<sup>15</sup> RefE, S. 22, 50.

<sup>16</sup> Vgl. so auch die Forderung von CCBE, Draft CCBE recommendations for Bars on the implementation of the e-Evidence Regulation, S. 4.

<sup>17</sup> Art. 16 Abs. 3 a), Abs. 4 f) der E-Evidence-Verordnung erlaubt es den Adressaten einer Anordnung derartige Einwände gegen die Vollstreckung einer Anordnung vorzubringen.

<sup>18</sup> Vgl. zum Antragsrecht bei der Europäischen Ermittlungsanordnung (EEA) bereits BRAK-Stellungnahme 83/2024, S. 21 ff., wobei es bei der EEA nicht um die Durchführung einer VO, sondern um die Umsetzung einer Richtlinie geht.

europäischen Rechts eine große Rolle spielt. Mit der auf der Grundlage des Referentenentwurfs vorgesehenen neuen Gesetzeslage würde in Deutschland „*die unmittelbare Geltung [der Verordnung zu diesem Punkt, d.h. das Antragsrecht der Verteidigung] aufs Spiel gesetzt*“.<sup>19</sup> Unionsrecht geht dem nationalen Recht vor und es geht um die Frage, wie sich das Unionsrecht am besten und wirkungsvollsten durchsetzt.

### 1. Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte von Art. 1 Abs. 2 der E-Evidence-Verordnung

Diese Auslegung der Verordnung ist nach europäischem Recht zwingend, sie ergibt sich aus dem Wortlaut der Norm sowie ihrer Entstehung. Nach dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 2 der E-Evidence-Verordnung kann der Erlass einer Europäischen Sicherungs- oder Herausgabeanordnung auch „*von einem Verdächtigen oder Beschuldigten oder in dessen Namen von einem Rechtsanwalt im Rahmen der geltenden Verteidigungsrechte im Einklang mit dem nationalen Strafverfahrensrecht beantragt werden.*“

Der erste Verweis auf die „*geltenden Verteidigungsrechte*“ bezieht sich systematisch auf die Ebene des europäischen Rechts<sup>20</sup> und dort insbesondere auf das **Recht auf ein faires Verfahren** und den **Grundsatz der Waffengleichheit** (Art. 6 EMRK und Art. 47, 48, 53 GRCh). Diese europaweit anerkannten Garantien gebieten es, Verdächtigen oder Beschuldigten sowie deren Verteidigung die gleiche Möglichkeit des Zugriffs auf die – in Form elektronischer Daten besonders flüchtigen – Beweismittel zu gewähren, wie den staatlichen Stellen. Zentrales Anliegen der E-Evidence-Verordnung ist es, für eine effektive Sicherung von elektronischen Beweismitteln Sorge zu tragen (s. Art. 11 Abs. 1 E-Evidence-Verordnung) und Handlungsinstrumente zu schaffen, die dem besonderen Charakter derartiger Beweismittel Rechnung trägt (vgl. Erwägungsgrund 9 d. E-Evidence-Verordnung). Die in Rede stehenden Daten unterliegen regelmäßig (teils sehr kurzen) Speicherfristen (Teilnehmerdaten, Verkehrsdaten) oder können von den Dateneinhabern im Handumdrehen gelöscht werden (Inhaltsdaten). Daher liefe ein Antragsrecht der Verteidigung erst in der (stets öffentlichen und daher auch Dritten bekannten) Hauptverhandlung regelmäßig ins Leere. Es bedarf daher eines **Antragsrechts in jedem Verfahrensstadium**, um dem in Art. 1 Abs. 2 der E-Evidence-Verordnung gemachten Vorgaben effektiv Geltung zu verschaffen. Für die **spezifische Fallkonstellation der Sicherungs- und Herausgabe elektronischer Beweismittel** besteht ein dringendes Bedürfnis für ein normiertes Antragsrecht der Verteidigung, um dringende Maßnahmen der Beweissicherung durchsetzen zu können und Waffengleichheit herzustellen.

Zur näheren Erläuterung ist kurz auf den Hintergrund der Einfügung des Antragsrechts in der E-Evidence-Verordnung einzugehen:

Im ersten Entwurf der Kommission<sup>21</sup> war ein Antragsrecht des Beschuldigten bzw. der Verteidigung noch nicht vorgesehen, was von diversen Stakeholdern mit fundierter Begründung kritisiert wurde.

So führte etwa der CCBE aus: „*The proposal does not take properly into account the **requirement of equality of arms in criminal proceedings, which is a concept recognized by the ECtHR in the context of the right to a fair trial. Whereas prosecutors can issue production and preservation***

---

<sup>19</sup> dazu EuGH v. 28. März 1985 Rs. 272/83, erster Leitsatz und Rn. 26.

<sup>20</sup> Es heißt nicht „nach den nationalen Verteidigungsrechten“ oder „nach den Verteidigungsrechten nach nationalem Recht“.

<sup>21</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Europäische Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen vom 17.4.2018, COM/2018/225 final - 2018/0108 (COD).

**orders, no provisions exist enabling defendants or their representatives to access or request electronic evidence.**"<sup>22</sup>

Ähnlich kritisierte das europäische Netzwerk EDRI<sup>23</sup>: "**The (1) lack of early access to the casefile and (2) to evidence-gathering tools for the defence weakens the right to a fair trial and the principle of equality of arms. Yet, the principle of equality of arms is an essential guarantee of an accused's right to defend themselves. It ensures that the accused has a genuine opportunity to prepare and present their case, and to contest the arguments and evidence put before the court, on a footing equal to that of the prosecution. ...**

*2. In practice, it is extremely difficult, if not impossible, for the defence to use the cross-border evidence gathering mechanisms to gather evidence abroad. It can only trust the objectivity of law enforcement authorities to gather both incriminatory and exculpatory information.*

*Therefore, the future Regulation should (1) give early access to the casefile and (2) empower the defence to request a production or preservation order on behalf of a suspected or accused person in order to gather evidence on equal terms with the prosecution. Member States or service providers receiving such requests should have the obligation to process them with the same urgency as requests received from law enforcement authorities.*"<sup>24</sup>

Die Forderung lautete übersetzt ins Deutsche, die **künftige Verordnung müsse ... (2) die Verteidigung ermächtigen, im Namen einer verdächtigen oder beschuldigten Person eine Anordnung zur Vorlage oder Sicherung von Beweismitteln zu beantragen, um auf Augenhöhe mit der Staatsanwaltschaft Beweise zu sammeln.**

Diese Bedenken berücksichtigend, fügte das Europäische Parlament daraufhin das Antragsrecht in seinen Vorschlag für die Verordnung mit dem heute geltenden Wortlaut ein.<sup>25</sup>

Es ist folglich neben dem Wortlaut und seiner Systematik auch aus der Entstehungsgeschichte ersichtlich, dass dem Beschuldigten und seinem Verteidiger das Antragsrecht aufgrund der allgemeinen Verteidigungsrechte zu gewähren ist. Das Verständnis der Bundesrechtsanwaltskammer deckt sich insoweit mit der Auslegung durch den CCBE. Dieser führt in seinen Empfehlungen zur Umsetzung der Verordnung im Hinblick auf Art. 1 Abs. 1 der Verordnung aus: „*While it is clear that the Regulation intends to grant a lawyer the right to make such a request, the right is phrased as being granted ‘within the framework of applicable defence rights in accordance with national criminal procedural law’.*"<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> CCBE position on the Commission proposal for a Regulation on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters vom 19.10.2018 (abrufbar unter: [https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality\\_distribution/public/documents/SURVEILLANCE/SVL\\_Position\\_papers/EN\\_SVL\\_20181019\\_CCBE-position-on-Commission-proposal-Regulation-on-European-Production-and-Preservation-Orders-for-e-evidence.pdf](https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/SURVEILLANCE/SVL_Position_papers/EN_SVL_20181019_CCBE-position-on-Commission-proposal-Regulation-on-European-Production-and-Preservation-Orders-for-e-evidence.pdf), zuletzt abgerufen am 6.12.2024).

<sup>23</sup> EDRI - European Digital Rights ist ein europäischer Zusammenschluss von Nichtregierungsorganisationen, dem u.a. der CCBE, Fair Trials und der DAV angehören, die auch an der hier zitierten Publikation Demonstrating gaps in the e-Evidence Regulation mitgewirkt haben.

<sup>24</sup> Die Publikation ist abrufbar unter: <https://www.cpme.eu/api/documents/adopted/2021/9/cpme.2021-116.eEvidence-Scenarios.pdf>, siehe dort S. 28 (zuletzt abgerufen am 6.12.2024).

<sup>25</sup> Die Regelung fand sich damals noch in Art. 1 Abs. 1a. Geändert wurde nachträglich lediglich eine Ergänzung, wonach auch der Beschuldigte selbst einen solchen Antrag stellen kann.

<sup>26</sup> CCBE, Draft CCBE recommendations for Bars on the implementation of the e-Evidence Regulation, S. 2 f.



## 2. Vorschläge für die Integration des Antragsrechts in das deutsche Recht

Die Bundesrechtsanwaltskammer erachtet die **Einführung eines entsprechenden Antragsrechts** auf Beweiserhebung als zwingend notwendig. Der Antrag wäre in den Fällen des § 7 Abs. 1 RefE (Herausgabe von Teilnehmerdaten und zur Erlangung von ausschließlich zum Zweck der Identifizierung des Nutzers erforderlichen Daten) an die Staatsanwaltschaft zu stellen. Zu verbinden wäre das Antragsrecht mit einem – nach der Systematik der StPO üblichen – Antrag auf gerichtliche Entscheidung und einer Beschwerdemöglichkeit zum Gericht der nächsthöheren Instanz. In den Fällen des § 7 Abs. 2 RefE (Erlangung von Verkehrsdaten mit Ausnahme von ausschließlich zum Zweck der Identifizierung des Nutzers angeforderten Daten und zur Erlangung von Inhaltsdaten nach Artikel 4 Absatz 2 Buchstabe a der E-Evidence-Verordnung) bestünde insoweit eine Zuständigkeit des Gerichts, die mit einer Beschwerdemöglichkeit zum Gericht der nächsthöheren Instanz zu verbinden wäre. Aufgrund der Flüchtigkeit von elektronischen Beweismitteln, wäre das Antragsrecht zu flankieren durch die Möglichkeit, einen Eilantrag zu stellen. Bei Zweifeln wäre zunächst eine Sicherungsanordnung zu erlassen, um die Löschung der begehrten Daten vor Ergehen der abschließenden Entscheidung zu verhindern.

Ein entsprechendes Eilverfahren müsste auch für das gerichtliche Verfahren eingeführt werden, da insoweit zwar grundsätzlich ein Beweisanspruchsrecht besteht, dieses aber nach der StPO aktuell nicht kurzfristig überprüfbar ist. Eine Geltendmachung der Verletzung des Antragsrechts erst im Rahmen der Revision würde dieses Recht hinfällig machen.

## 3. Kein Verstoß gegen das Doppelregelungsverbot

Da der europäische Gesetzgeber die konkrete Ausgestaltung des Antragsrechts ausdrücklich den Mitgliedstaaten überlassen hat, verstößt eine entsprechende Regelung durch den nationalen Gesetzgeber selbsterklärend auch nicht gegen das europarechtliche Doppelregelungsverbot. Das prinzipielle Verbot nationaler Parallelgesetzgebung bezieht sich auf die bloße Wiederholung einer Bestimmung, die bereits durch die unmittelbar geltende Verordnung selbst getroffen wurde. Das Doppelregelungsverbot verbietet jedoch nicht, dass nationale Bestimmungen anlässlich ihrer Anpassung an die neue, durch die Verordnung geschaffene Gesetzeslage *„im Interesse ihres inneren Zusammenhangs und ihrer Verständlichkeit für die Adressaten bestimmte Punkte der (Unions-) Verordnungen wiederholen“*<sup>27</sup>. Kann ein bestimmtes System von Regelungen nur durch *„das Zusammentreffen einer ganzen Reihe“* unionsrechtlicher und einzelstaatlicher Vorschriften<sup>28</sup> verwirklicht werden, darf der nationale Gesetzgeber eine zersplitterte Rechtslage ausnahmsweise durch den Erlass eines zusammenhängenden Gesetzeswerks bereinigen, auch wenn dadurch punktuelle Normwiederholungen nötig sind.<sup>29</sup> Verweist eine Verordnung für die Ausgestaltung des Antragsrechts gerade auf das nationale Recht, so steht eine solche Regelung ersichtlich nicht im Konflikt mit den Vorgaben der Verordnung, sondern die Verordnung verlangt umgekehrt die nähere Ausgestaltung (des bisher nicht existenten Antragsrechts) *„im Interesse ihres inneren Zusammenhangs und ihrer Verständlichkeit für die Adressaten“*<sup>30</sup>, auch wenn es zu diesem Zweck einer „Wiederholung“ des Antragsrechts bedarf.

---

<sup>27</sup> EuGH v. 28. März 1985 Rs. 272/83 zweiter Leitsatz und Rn. 27.

<sup>28</sup> Nochmals: EuGH v. 28. März 1985 Rs. 272/83 zweiter Leitsatz und Rn. 27.

<sup>29</sup> W. Schroeder in: Streinz, EUV/AEUV 3. Aufl. 2018 Rn. 50.

<sup>30</sup> EuGH v. 28. März 1985 Rs. 272/83 Rn. 27.

## VI. Löschungspflichten, Zweckbindung, Mitteilungspflichten (Deutschland als Anordnungsstaat)

Der Referentenentwurf stellt in begrüßender Klarheit fest, dass im Falle einer gerichtlichen Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Herausgabeordnung etwaig bereits übermittelte Daten unverzüglich zu löschen sind, vgl. § 15 Abs. 2 S. 2 EBewMG-RefE. Diese, für sich genommen zu begrüßende Regelung sollte ergänzt werden durch einen weiteren Satz, der § 161 Abs. 2 StPO für entsprechend anwendbar erklärt. Diese Regelung stellt klar, dass für **Löschungspflichten** nach der StPO § 58 Abs. 3 BDSG keine Anwendung findet. Da der Referentenentwurf die Regelungen zur E-Evidence-Verordnung jedoch nicht in die StPO integriert hat, sondern ein eigenes Stammgesetz bevorzugt,<sup>31</sup> findet § 161 Abs. 2 StPO nach dem Wortlaut zunächst keine Anwendung. Allerdings unterscheidet sich die Interessenlage nicht von einer in der StPO selbst normierten Löschungspflicht, weshalb eine entsprechende Anwendung des § 161 Abs. 2 StPO angezeigt ist.

Ein vergleichbarer Klarstellungsbedarf besteht hinsichtlich des in § 479 Abs. 2 S. 1 StPO und § 100 e Abs. 6 StPO geregelten **Zweckbindungsgrundsatzes**. Die Vorschrift regelt, dass Daten, die durch besonders eingriffsintensive Maßnahmen generiert werden, nur unter bestimmten Bedingungen („hypothetischer Ersatzeingriff“<sup>32</sup>) zur Verfolgung anderer Straftaten genutzt werden dürfen. § 479 Abs. 2 S. 1 StPO stellt insoweit allerdings auf „Maßnahmen nach diesem Gesetz“ ab. § 100 e Abs. 6 StPO verweist auf „Maßnahmen nach den §§ 100 b und 100 c StPO“. Der Referentenentwurf stellt zwar ausdrücklich klar, dass bei einer (ausgehenden) Herausgabeordnung eine Prüfung nach den Vorschriften des nationalen Rechts zu erfolgen hat.<sup>33</sup> Dennoch handelt es sich bei der Herausgabeordnung nach strenger Lesart um eine Maßnahme nach EBewMG-RefE iVm der E-Evidence-Verordnung. Ein mehrstufiges System (wie z. B. bei Haftbefehl und EU-Haftbefehl) ist nach dem EBewMG-RefE nicht vorgesehen, so dass es an der der Herausgabeordnung zugrundeliegende nationale Entscheidung fehlt. Daher sollte auch hier klargestellt werden, dass die Zweckbindungsregelungen der StPO entsprechende Anwendung finden.

Darüber hinaus hat der Bundesgesetzgeber in der Strafprozessordnung an verschiedenen Stellen **Bekanntmachungs- bzw. Mitteilungspflichten** normiert (vgl. z. B. § 35 Abs. 2 StPO,<sup>34</sup> § 101 Abs. 4 StPO). Auch diese Regelungen beziehen sich bei strenger Lesart auf Maßnahmen nach der StPO. Auch hier ist sicherzustellen, dass diese Pflichten auch bei vergleichbaren Maßnahmen nach dem EBewMG-RefE iVm der E-Evidence-Verordnung bestehen. Eine Unterrichtung des Betroffenen ist auch deshalb dringend geboten, um den Weg zum gerichtlichen Rechtsschutz nach §§ 14 f. EBewMG-RefE zu öffnen. Zudem ist nach Art. 13 Abs. 1, Abs. 3 E-Evidence-Verordnung eine Information der betroffenen Person (Dateninhaber) sicherzustellen. Da Art. 13 Abs. 2 E-Evidence-Verordnung die Ausgestaltung dem nationalen Gesetzgeber ermöglicht, ist eine klare Regelung im deutschen Recht vorzunehmen.

Jedenfalls hinsichtlich dieser fundamentalen Regelungen sollte im Interesse der Praxisfreundlichkeit nicht auf die „Generalverweisklausel“ des § 13 EBewMG-RefE zurückgegriffen werden müssen.

---

<sup>31</sup> Vgl. RefE, S. 1, 27.

<sup>32</sup> Vgl. dazu *Gieg*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 479, Rn. 3 mwN.

<sup>33</sup> RefE, S. 49.

<sup>34</sup> Vgl. dazu z. B. BGH, Beschl. v. 24.11.2009 - StB 48/09 (a) zur Bekanntmachungspflichten bei Beschlagnahmen beim Provider.