

Die nächste Stufe des Supranationalismus?

Anmerkungen zum Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung über eine Europäische Herausgabe- und Sicherungsanordnung hinsichtlich elektronischer Beweismittel in Strafsachen

Aktenzeichen des Vorschlags: COM (2018) 225 final, 17.April 2018

An Hand von vier Kriterien soll in diesem Beitrag der Verordnungsvorschlag der Kommission über eine Europäische Herausgabe- und Sicherungsanordnung ein wenig beleuchtet werden.

Folgende Kriterien kommen dabei zur Anwendung:

- die vertikale Entnationalisierung, d.h. eine Verstärkung der Rolle der EU
- die horizontale Entnationalisierung, d.h. die Schaffung von Eingriffsbefugnissen der Mitgliedstaaten in rechtliche Angelegenheiten eines anderen Mitgliedstaates
- das Verhältnis zu Staaten, die nicht der EU angehören, nachfolgend Drittstaaten genannt
- die Notwendigkeit, fremdes Recht anzuwenden, sei es das Recht anderer Mitgliedstaaten oder auch von Drittstaaten

Vertikale Entnationalisierung

Ermächtigungsgrundlage für das gesetzgeberische Tätigwerden der Kommission ist Art. 82 I AEUV. Danach können Regelungen erlassen werden, die die Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen eines Mitgliedstaates in jedem anderen Mitgliedstaat sicherstellen. Diese Regelungen können entweder in Form einer Richtlinie oder einer Verordnung ergehen. Vorliegend hat die Kommission letztere Variante gewählt. Damit verbleibt den Mitgliedstaaten, bei der Umsetzung und Anwendung der geplanten Regelungen kein Spielraum, was von der Kommission so auch gewollt ist, wie das folgende Zitat aus dem Vorschlagsdokument deutlich macht:

„As the proposal concerns cross-border procedures, where uniform rules are required, there is no need to leave a margin to Member States to transpose such rules. A regulation is directly applicable, provides clarity and greater legal certainty and avoids divergent interpretation in the Member States...“ (COM (2018) 225 final, 17.April 2018, S. 6).

Anmerkung für alle Leser, die mit den EU-Gesetzgebungsmechanismen nicht vertraut sind:

Verabschiedet werden EU-Gesetze, also Richtlinien oder Verordnungen, in der Regel vom Rat, bestehend aus den nationalen Ministern, und dem Europäischen Parlament. Seinen Ausgangspunkt nimmt das Gesetzgebungsverfahren aber bei der Kommission, die mit einem entsprechenden Vorschlag das legislative Verfahren initiiert. Der Rat und das Europäische Parlament haben kein Initiativrecht.

Die Minister fungieren, wenn sie als Rat zusammentreten und den Kommissionsvorschlag entweder annehmen oder ablehnen, also als EU-Organ. Ist die Richtlinie oder Verordnung dann aber erst einmal erlassen, müssen sie, die Minister, in ihrer Eigenschaft als innerstaatliche Organe zusammen mit anderen innerstaatlichen Institutionen die Richtlinie in nationales Recht umsetzen oder, falls es sich um eine Verordnung handelt, diese im Inland direkt anwenden.

Eine Richtlinie ist aus Sicht der Bürger und der innerstaatlichen Behörden und Gerichte nämlich noch kein unmittelbar anwendbares Recht, vielmehr ist sie an die Gesetzgeber der Mitgliedstaaten gerichtet und verpflichtet diese zum Erlass von Gesetzen, die die Ziele der Richtlinie umsetzen, wobei die Wahl der Mittel und Wege der Zielumsetzung aber den innerstaatlichen Regierungen und Parlamenten überlassen bleibt.

Eine Verordnung dagegen richtet sich direkt an die Bürger sowie Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten. Die Rolle der Behörden und Gerichte besteht dann nur noch in der Anwendung der Bestimmungen der Verordnung.

Im vorliegenden Fall schlägt die Kommission, wie gesagt, den Erlass einer Verordnung vor. Damit sichert sie sich den größtmöglichen Einfluss auf die Durchführung der in der Verordnung enthaltenen Bestimmungen in den Mitgliedstaaten. Da es bei der geplanten Verordnung um Ermittlungs- und Strafverfolgungsmaßnahmen geht, wird die Rolle der EU in diesem allgemein als besonders sensibel empfundenen Bereich staatlichen Handelns verstärkt, was man als vertikale Entnationalisierung bezeichnen könnte.

Horizontale Entnationalisierung

Die oben beschriebene vertikale Entnationalisierung stellt nun allerdings keine Neuheit dar.

Bemerkenswert ist dagegen der Umstand, dass gemäß dem Verordnungsvorschlag die Justizbehörden eines Mitgliedstaats nunmehr die Befugnis erhalten sollen, unmittelbar an juristische und natürliche Personen, die sich in einem anderen Mitgliedstaat befinden oder dort tätig sind, einen verbindlichen hoheitlichen Akt zu richten, nämlich die Anordnung, elektronische Beweise herauszugeben oder zu sichern.

Siehe dazu die folgenden in dem Vorschlag enthaltenen Begriffsdefinitionen (Art. 2):

„For the purpose of this Regulation, the following definitions shall apply:

(1) ‘European Production Order’ means a binding decision by an issuing authority of a Member State compelling a service provider offering services in the Union and established or represented in another Member State, to produce electronic evidence;

(2) ‘European Preservation Order’ means a binding decision by an issuing authority of a Member State compelling a service provider offering services in the Union and established or represented in another Member State, to preserve electronic evidence in view of a subsequent request for production;

(3) ‘service provider’ means any natural or legal person that provides one or more of the following categories of services:

(a) electronic communications service as defined in Article 2(4) of [Directive establishing the European Electronic Communications Code];

(b) information society services as defined in point (b) of Article 1(1) of Directive (EU) 2015/1535 of the European Parliament and of the Council⁴⁴ for which the storage of data is a defining component of the service provided to the user, including social networks, online marketplaces facilitating transactions between their users, and other hosting service providers;

(c) internet domain name and IP numbering services such as IP address providers, domain name registries, domain name registrars and related privacy and proxy services...“

In diesem Zusammenhang könnte man von horizontaler Entnationalisierung sprechen. Denn, wie sich schon aus der oben zitierten Definition ergibt, greifen die Justizbehörden des Ausstellungsstaats unmittelbar und ausgestattet mit hoheitlichen Zwangsbefugnissen

(„*compelling a service provider*“, Nr. 1 und 2) auf einen „Untertanen“ eines anderen Mitgliedstaates zu („*a service provider established or represented in another Member State*“).

Die Behörden des Zielstaates kommen zunächst nur dann mit dem Fall in Berührung, wenn das adressierte IT-Unternehmen eklatante Verletzungen von EU-Grundrechten oder eine mißbräuchliche Ausstellung der Anordnung feststellt. In diesen Fällen muss das Unternehmen nämlich die Behörden des Zielstaates über den Vorgang unterrichten. Diese kann dann die Ausstellungsbehörde um Erläuterungen ersuchen. Das ist in Art. 9 Nr. 5 II des Vorschlages geregelt:

„In case the addressee considers that the EPOC cannot be executed because based on the sole information contained in the EPOC it is apparent that it manifestly violates the Charter of Fundamental Rights of the European Union or that it is manifestly abusive, the addressee shall also send the Form in Annex III to the competent enforcement authority in the Member State of the addressee. In such cases the competent enforcement authority may seek clarifications from the issuing authority on the European Production Order, either directly or via Eurojust or the European Judicial Network.“

Wirklich zum Einsatz kommen die Behörden des Zielstaates erst im Falle der Weigerung des verpflichteten IT-Unternehmens, die Daten herauszugeben oder zu sichern. Allerdings verbleibt diesen Behörden lediglich ein sehr geringer Spielraum für eigene Entscheidungen.

Denn nach Übersendung der den Vorgang betreffenden Unterlagen durch den Ausstellungsstaat hat der Zielstaat die Anordnung ohne weitere Formalitäten anzuerkennen, wie Art. 14 Nr. 2 des Vorschlages bestimmt:

„Upon receipt, the enforcing authority shall without further formalities recognise a European Production Order or European Preservation Order transmitted in accordance with paragraph 1 and shall take the necessary measures for its enforcement, ...“

Nur aus den in Art. 14 Nr. 4 und 5 des Vorschlags aufgelisteten Gründen sowie im Falle des Bestehens innerstaatlicher Vorrechte (gemeint sind wohl Aussageverweigerungsrechte) und Immunitäten oder der Gefährdung grundlegender staatlicher Interessen dürfen die Behörden des Zielstaates die Vollstreckung ablehnen, wie in Art. 14 Nr. 2 des Vorschlages desweiteren festgelegt ist:

„... unless the enforcing authority considers that one of the grounds provided for in paragraphs 4 or 5 apply or that the data concerned is protected by an immunity or privilege under its national law or its disclosure may impact its fundamental interests such as national security and defence.“

Bemerkenswert daran ist im Hinblick auf die Bewertung dieser Bestimmungen als horizontale Entnationalisierung, dass die Vorrechte und Immunitäten sowie die Sicherheitsinteressen die einzigen aus dem nationalen Recht bzw. den nationalen Interessen stammenden Verweigerungsgründe sind, die der Vorschlag erlaubt. Den Einwand, die Vollstreckung der Anordnung würde gegen seine nationalen Grundrechte bzw. die nationale Verfassung verstoßen, soll der Zielstaat nach dem Willen der Kommission nicht vorbringen dürfen.

Dies geht auch aus Art. 14 Nr. 4 lit. f) bzw. Nr. 5 lit. e) des Vorschlages hervor, wo als Versagensgründe nur Verstöße der Anordnung gegen die EU-Grundrechtscharta

vorgesehen sind. Unmittelbarer Normadressat dieser Bestimmungen ist zwar das verpflichtete Unternehmen, über Art. 14 Nr. 2 gelten sie aber auch für die Behörden des Zielstaates.

Anmerkung und zugleich Fazit dieses Abschnitts:

In Abweichung von der üblichen Terminologie, die im Zusammenhang mit der EU-weiten Zusammenarbeit in Strafsachen Verwendung findet (vgl. etwa Art. 3 Rahmenbeschluss Europäischer Haftbefehl), wird im vorliegenden Beitrag bewusst nicht vom „Vollstreckungsstaat“, sondern vielmehr vom „Zielstaat“ gesprochen, und zwar, um zu verdeutlichen, dass primärer Adressat der Herausgabe- bzw. Sicherungsanordnung nicht die Behörden dieses Staates, sondern eine natürliche oder nicht-öffentliche juristische Person ist, die in diesem Staat tätig ist.

Dieser Person wird in Ausübung hoheitlicher Befugnisse eine Pflicht auferlegt, aber eben gerade von einem gebietsfremden Staat. Derjenige Mitgliedstaat, auf dessen Territorium sich der Vorgang abspielt, ist nur als Werkzeug zur Ausübung unmittelbaren Zwangs vorgesehen, falls der eigentliche Anordnungsadressat, also die Person, die Pflichterfüllung verweigert.

Gerade dieser Umstand, also der unmittelbare Durchgriff eines anderen Mitgliedstaates, also nicht der EU selbst, auf das Territorium eines Mitgliedstaat macht ja die Neuheit des Vorschlages aus, die im vorliegenden Beitrag als horizontale Entnationalisierung bezeichnet wird.

Verhältnis zu Drittstaaten

Das Verhältnis zu Drittstaaten weist zwar auch Züge der horizontalen Entnationalisierung auf, verdient darüber hinaus aber auch eine eigenständige Betrachtung.

Einer Regelung bedarf diese Materie wohl deshalb, weil die von der Herausgabeanordnung betroffenen Daten auf Servern, die sich in einem Drittstaat befinden, gespeichert sein können oder das IT-Unternehmen, an das die Anordnung gerichtet ist, seinen Sitz bzw. seinen Hauptsitz möglicherweise im Drittland hat. In beiden Fällen ist das Unternehmen dann aus Sicht des Speicherstaates bzw. Hauptsitz-Staates möglicherweise dessen Recht unterworfen, muss aber gleichzeitig auch der Herausgabeanordnung Folge leisten, da es ja in einem EU-Mitgliedstaat tätig ist. Für den Fall, dass es in Folge dessen zu einem Konflikt der beteiligten Rechtsordnungen kommt, sieht der Verordnungsvorschlag in Art. 15 und 16 einen Lösungsmechanismus vor. Dabei wird unterschieden, ob das Recht des Drittstaats die Herausgabe der Daten zum Schutz von fundamentalen Individualrechten bzw. fundamentalen staatlichen Sicherheitsinteressen (Art. 15) oder aber aus anderen, weniger gewichtigen Gründen (Art. 16) verbietet.

In beiden Konstellationen muss das verpflichtete IT-Unternehmen den ersten Schritt tun, so wie dies in Art. 15 ...

„1. If the addressee considers that compliance with the European Production Order would conflict with applicable laws of a third country prohibiting disclosure of the data concerned on the grounds that this is necessary to either protect the fundamental rights of the individuals concerned or the fundamental interests of the third country related to national security or defence, it shall inform the issuing authority of its reasons for not executing the European Production Order in accordance with the procedure referred to in Article 9(5).

2. The reasoned objection shall include all relevant details on the law of the third country, its applicability to the case at hand and the nature of the conflicting

obligation. It cannot be based on the fact that similar provisions concerning the conditions, formalities and procedures of issuing a production order do not exist in the applicable law of the third country, nor on the only circumstance that the data is stored in a third country.“

... und Art. 16 vorgesehen ist:

„1. If the addressee considers that compliance with the European Production Order would conflict with applicable laws of a third country prohibiting disclosure of the data concerned on other grounds than those referred to in Article 15, it shall inform the issuing authority of its reasons for not executing the European Production Order in accordance with the procedure referred to in Article 9(5).

2. The reasoned objection must include all relevant details on the law of the third country, its applicability to the case at hand and the nature of the conflicting obligation. It cannot be based on the fact that similar provisions concerning the conditions, formalities and procedures of issuing a production order do not exist in the applicable law of the third country, nor on the only circumstance that the data is stored in a third country.“

Nimmt das verpflichtete IT-Unternehmen also einen Konflikt mit dem Recht eines Drittstaats, dem es unterworfen ist, an, dann muss es sich also an die Behörden des Ausstellungsstaates, nicht des Zielstaates wenden.

Will die betreffende Behörde die Herausgabeanordnung trotz des Einwandes des Konflikts aufrechterhalten, muss sie ein für solche Fälle zuständiges Gericht in ihrem Mitgliedstaat, also im Ausstellungsstaat anrufen. Das ist sowohl für den Fall eines drittstaatlichen Herausgabeverbotes auf Grund der Wahrung fundamentaler Rechte und Interessen als auch für den Fall eines solchen Verbotes auf Grund anderer Erwägungen jeweils in den insoweit wortgleichen Art. 15 Nr. 3 und 16 Nr. 3 des Vorschlags so vorgesehen.

„The issuing authority shall review the European Production Order on the basis of the reasoned objection. If the issuing authority intends to uphold the European Production Order, it shall request a review by the competent court in its Member State. The execution of the Order shall be suspended pending completion of the review procedure.“

Im nächsten Schritt ist dann wieder eine Unterscheidung zwischen besonders sensiblen Daten einerseits und den übrigen Daten andererseits vorgesehen.

Im ersten Fall muss das Gericht des Ausstellungsstaats, falls seiner Ansicht nach ein Konflikt mit dem Recht des Drittstaats vorliegt, den Vorgang den Behörden des Drittstaates vorlegen und um eine Stellungnahme bitten, wie Art. 15 Nr. 5 des Vorschlags vorsieht:

„If the competent court establishes that a relevant conflict within the meaning of paragraphs 1 and 4 exists, the competent court shall transmit all relevant factual and legal information as regards the case, including its assessment, to the central authorities in the third country concerned, via its national central authority, with a 15 day deadline to respond.“

Erhebt das Drittland dann den Einwand des Konflikts, so hebt das Gericht des Ausstellungsstaates die Herausgabeanordnung auf. Das ist in Art. 15 Nr. 6 S. 1 des Vorschlags geregelt:

„If the third country central authority, within the deadline, informs the competent

court that it objects to the execution of the European Production Order in this case, the competent court shall lift the Order...“

Handelt es sich um Daten, die vom Drittstaat nicht auf Grund ihrer fundamentalen Bedeutung für Rechte von Einzelpersonen oder Interessen des Staates, sondern aus anderen, weniger gewichtigen Gründen gegen Herausgabe geschützt sind, dann entscheidet das Gericht des Ausstellungsstaates, wenn seiner Ansicht nach ein Konflikt vorliegt, selbst mittels einer Abwägung der widerstreitenden Interessen über die Aufrechterhaltung bzw. Aufhebung der Herausgabeanordnung, siehe Art. 16 Nr. 5 S.2 des Vorschlags:

„If the competent court establishes that the third country law, when applied to the specific circumstances of the case under examination, prohibits disclosure of the data concerned, the competent court shall determine whether to uphold or withdraw the Order in particular on the basis of the following factors:

- (a) the interest protected by the relevant law of the third country, including the third country’s interest in preventing disclosure of the data;*
- (b) the degree of connection of the criminal case for which the Order was issued to either of the two jurisdictions, as indicated inter alia by:
the location, nationality and residence of the person whose data is being sought and/or of the victim(s),
the place where the criminal offence in question was committed;*
- (c) the degree of connection between the service provider and the third country in question; in this context, the data storage location by itself does not suffice in establishing a substantial degree of connection;*
- (d) the interests of the investigating State in obtaining the evidence concerned, based on the seriousness of the offence and the importance of obtaining evidence in an expeditious manner;*
- (e) the possible consequences for the addressee or the service provider of complying with the European Production Order, including the sanctions that may be incurred.“*

Unabhängig vom Grade der Schutzbedürftigkeit der Daten gemäß dem Recht des Drittstaats erhält das Gericht die Herausgabeanordnung aufrecht, wenn es keinen Konflikt feststellen kann, wie aus Art. 15 Nr. 5 S.1 bzw. Art. 16 Nr. 5 S.1 des Vorschlags hervorgeht:

„If the competent court finds that no relevant conflict within the meaning of paragraphs 1 and 4 exists, it shall uphold the Order.“

Auffällig an den Regelungen, die der Vorschlag für die Unvereinbarkeit rechtlicher Datenschutzpflichten aus dem Recht des Drittstaats mit der Herausgabepflicht des IT-Unternehmens als Adressat der Herausgabeanordnung vorsieht, ist der Umstand, dass in keiner Phase der Abhilfe hinsichtlich dieses Konflikts Behörden oder Gerichte des Zielstaats involviert sein sollen.

Dies könnte zu Unzufriedenheit des Drittstaats mit dem Zielstaat führen, da im Drittstaat möglicherweise nur wahrgenommen wird, dass ein im Zielstaat tätiges Unternehmen die geschützten Daten herausgibt, und die rechtliche Natur der Herausgabeanordnung, die eine Beteiligung der Behörden des Zielstaats nur als ultima ratio mit stark begrenztem Handlungsspielraum (siehe oben „Horizontale Entnationalisierung“) und eine Einschaltung von Gerichten des Zielstaats gar nicht vorsieht, verkannt wird, siehe zum letzteren Aspekt Art. 17 Nr. 3 des Vorschlages:

„Such right to an effective remedy shall be exercised before a court in the issuing State in accordance with its national law...“

Diese Unzufriedenheit des Drittstaats könnte im Extremfall vielleicht sogar zu wirtschaftlichen oder politischen Gegenmaßnahmen dieses Staats gegenüber dem Zielstaat führen.

Darin liegt eine weitere Erscheinungsform der horizontalen Entnationalisierung, da der Ausstellungsstaat auf diese Weise, wenn auch unbeabsichtigt und lediglich indirekt, die Beziehungen des Zielstaats zu Drittstaaten beeinträchtigen kann. Entscheidend ist dabei, dass es ein anderer Mitgliedstaat, wie gesagt der Ausstellungsstaat, und nicht die EU selbst ist, der auf diese Weise in die außenpolitische Souveränität des Zielstaates eingreift.

Anwendung fremden Rechts

Der Vorschlag sieht für drei Situationen die Anwendung fremden Rechts durch die Behörden bzw. Gerichte des Ausstellungsstaats vor. Dabei handelt es sich zweimal um das Recht des Zielstaates und einmal um das Recht eines Drittstaats.

Das Recht des Zielstaats haben die Behörden des Ausstellungsstaats bereits bei der Prüfung, ob die Ausstellung einer Herausgabeanordnung überhaupt zulässig ist, anzuwenden. Das ist in Art. 5 Nr. 7 des Vorschlags geregelt:

„If the issuing authority has reasons to believe that, transactional or content data requested is protected by immunities and privileges granted under the law of the Member State where the service provider is addressed, or its disclosure may impact fundamental interests of that Member State such as national security and defence, the issuing authority has to seek clarification before issuing the European Production Order, including by consulting the competent authorities of the Member State concerned, either directly or via Eurojust or the European Judicial Network. If the issuing authority finds that the requested access, transactional or content data is protected by such immunities and privileges or its disclosure would impact fundamental interests of the other Member State, it shall not issue the European Production Order.“

Wie aus der Formulierung „if the issuing authority finds...“ (siehe S. 2) ist die Bewertung, ob die gewünschten Daten durch das Rechts des Zielstaats geschützt sind, dem Ausstellungsstaat überlassen. Dieser wendet also, wenn auch nach einem klärenden Gespräch mit den Behörden des Zielstaats, das Recht eben dieses Staates selbständig an und sieht von der Ausstellung einer Herausgabeanordnung ab, falls er zu dem Schluss kommt, dass insoweit Beweiserhebungsverbote bestehen.

Wenn nun aber doch geschützte Daten in die Hände der Behörden des Ausstellungsstaats gelangt sind, dann kommen die zielstaatlichen Immunitätsgewährleistungen oder Zeugnisverweigerungsrechte in dem späteren Strafprozess im Ausstellungsstaat zur Anwendung, indem das dortige Gericht diese Rechte und Gewährleistungen so anwendet, als wären sie Bestandteil seines eigenen Rechts, siehe dazu Art. 18 des Vorschlags:

„If transactional or content data obtained by the European Production Order is protected by immunities or privileges granted under the law of the Member State of the addressee, or it impacts fundamental interests of that Member State such as national security and defence, the court in the issuing State shall ensure during the criminal proceedings for

which the Order was issued that these grounds are taken into account in the same way as if they were provided for under their national law when assessing the relevance and admissibility of the evidence concerned. The court may consult the authorities of the relevant Member State, the European Judicial Network in criminal matters or Eurojust.“

Hier ist augenscheinlich der Umgang mit zielstaatlichen Beweisverwertungsverböten angesprochen, wöhrend sich der vorher zitierte Artikel eben solchen Beweiserhebungsverböten widmet. Soweit zur Anwendung des Rechts des Zielstaats durch die Gerichte des Ausstellungsstaats.

Das Recht eines Drittstaats kommt in den Fällen zur Anwendung, in denen sich das IT-Unternehmen, das Adressat der Herausgabeanordnung ist, auf Grund von Datenschutzvorschriften dieses Drittstaats außerstande sieht, der Herausgabeanordnung nachzukommen (siehe Art. 15 und 16 des Vorschlags).

Der dafür vorgesehene Mechanismus ist als Rechtsbehelf des Adressaten, also des Unternehmens gegen die Herausgabeanordnung ausgestaltet.

Deshalb muss dieser auch den ersten Schritt tun, wie in Art. 15 Nr. 1 und 2 des Vorschlags für besonders sensible Daten sowie in Art. 16 Nr. 1 und 2 Vorschlages für die übrigen Daten vorgesehen:

Art. 15:

„1. If the addressee considers that compliance with the European Production Order would conflict with applicable laws of a third country prohibiting disclosure of the data concerned on the grounds that this is necessary to either protect the fundamental rights of the individuals concerned or the fundamental interests of the third country related to national security or defence, it shall inform the issuing authority of its reasons for not executing the European Production Order in accordance with the procedure referred to in Article 9(5).

2. The reasoned objection shall include all relevant details on the law of the third country, its applicability to the case at hand and the nature of the conflicting obligation. It cannot be based on the fact that similar provisions concerning the conditions, formalities and procedures of issuing a production order do not exist in the applicable law of the third country, nor on the only circumstance that the data is stored in a third country.“

Art. 16:

„1. If the addressee considers that compliance with the European Production Order would conflict with applicable laws of a third country prohibiting disclosure of the data concerned on other grounds than those referred to in Article 15, it shall inform the issuing authority of its reasons for not executing the European Production Order in accordance with the procedure referred to in Article 9(5).

2. The reasoned objection must include all relevant details on the law of the third country, its applicability to the case at hand and the nature of the conflicting obligation. It cannot be based on the fact that similar provisions concerning the conditions, formalities and procedures of issuing a production order do not exist in the applicable law of the third country, nor on the only circumstance that the data is stored in a third country.“

Der Adressat der Herausgabeanordnung muss demnach den Einwand, dass der Erfüllung der Anordnung einschlägige Datenschutzvorschriften aus dem Recht des Drittstaats

entgegenstehen, substantiiert vortragen und eine eingehende juristische Bewertung hinsichtlich des Rechts des Drittstaats vornehmen.

Insoweit ist die Ausstellungsbehörde im Rahmen der Prüfung des Einwands wohl der Pflicht, eigenständig das Rechts des Drittstaats zu erkunden, enthoben. Denn Art. 15 Nr. 3 S. 1 und der gleichlautende Art. 16 Nr. 3 S. 1 des Vorschlags schreiben folgende Vorgehensweise vor:

„The issuing authority shall review the European Production Order on the basis of the reasoned objection.“

Danach ist die Ausstellungsbehörde also gehalten, die Herausgabeanordnung an Hand des substantiierten Einwands zu überprüfen, was wohl heißen soll, dass sie aus dem Recht des Drittstaates nur die vom Adressaten der Anordnung vorgetragene rechtlichen Faktoren zu berücksichtigen braucht.

Will sie nach abgeschlossener Prüfung dem Einwand nicht abhelfen, so hat sie ein Gericht des Ausstellungsstaats, also ihres eigenen Staats und nicht etwa des Zielstaats mit der Sache zu befassen, wie Art. 15 Nr. 3 S. 2 und der gleichlautende Art. 16 Nr. 3 S. 2 des Vorschlags bestimmen:

„If the issuing authority intends to uphold the European Production Order, it shall request a review by the competent court in its Member State.“

Wenn dann das Gericht zu dem Ergebnis kommt, dass kein Konflikt besteht, so hält es die Herausgabeanordnung aufrecht, wie aus Art. 15 Nr. 5 S.1 sowie dem gleichlautenden Art. 16 Nr. 5 S. 1 des Vorschlags hervorgeht:

„If the competent court finds that no relevant conflict within the meaning of paragraphs 1 and 4 exists, it shall uphold the Order.“

Erkennt das Gericht allerdings einen Konflikt, dann unterscheidet sich das weitere Verfahren erneut je nachdem, ob besonders sensible Daten oder aber andere Daten betroffen sind. Im ersteren Fall ersucht das Gericht die zuständige Behörde des Drittstaats um eine Stellungnahme, siehe Art. 15 Nr. 5 S. 2 des Vorschlags:

„If the competent court establishes that a relevant conflict within the meaning of paragraphs 1 and 4 exists, the competent court shall transmit all relevant factual and legal information as regards the case, including its assessment, to the central authorities in the third country concerned, via its national central authority, with a 15 day deadline to respond.“

Die endgültige Entscheidung über das weitere Schicksal der Herausgabeanordnung ist dann dem Drittstaat überlassen. Denn wenn er Einwände gegen die Herausgabe der sensiblen Daten erhebt, dann muss das Gericht des Ausstellungsstaats die Anordnung aufheben, wie Art. 15 des Vorschlags bestimmt:

„6. If the third country central authority, within the deadline, informs the competent court that it objects to the execution of the European Production Order in this case, the competent court shall lift the Order and inform the issuing authority and the addressee. If no objection is received within the (extended) deadline, the competent court shall send a reminder giving the third country central authority 5 more days to respond and informing it of the consequences of not providing a response. If no objection is received within this additional deadline, the competent court shall

uphold the Order.“

Handelt es sich aber um weniger sensible Daten, dann kommt der Drittstaat mit der Sache gar nicht in Berührung, vielmehr entscheidet das Gericht des Ausstellungsstaats dann selbst, wie aus Art. 16 Nr. 5 S. 2 des Vorschlages hervorgeht:

„If the competent court establishes that the third country law, when applied to the specific circumstances of the case under examination, prohibits disclosure of the data concerned, the competent court shall determine whether to uphold or withdraw the Order in particular on the basis of the following factors:

- (a) the interest protected by the relevant law of the third country, including the third country's interest in preventing disclosure of the data;*
- (b) the degree of connection of the criminal case for which the Order was issued to either of the two jurisdictions, as indicated inter alia by:
the location, nationality and residence of the person whose data is being sought and/or of the victim(s),
the place where the criminal offence in question was committed;*
- (c) the degree of connection between the service provider and the third country in question; in this context, the data storage location by itself does not suffice in establishing a substantial degree of connection;*
- (d) the interests of the investigating State in obtaining the evidence concerned, based on the seriousness of the offence and the importance of obtaining evidence in an expeditious manner;*
- (e) the possible consequences for the addressee or the service provider of complying with the European Production Order, including the sanctions that may be incurred.“*

Das Gericht des Ausstellungsstaats nimmt also eine Abwägung verschiedener widerstreitender Gesichtspunkte und Interessen vor.

Teilweise handelt es sich dabei um klassische Anknüpfungspunkte für den Geltungsbereich des Straf- bzw. Strafprozessrechts des einen oder des anderen Staats (siehe lit. (b) und (c)). Eine Rolle spielen aber auch allgemeine Interessen der betroffenen Staaten (siehe lit. (a) und (d)). Schließlich finden auch noch die möglichen Folgen für den Adressaten, sollte er der Herausgabeanordnung Folge leisten, Berücksichtigung (siehe lit. (e)).

Auffällig ist wiederum, dass das eventuelle Interesse des Zielstaates daran, eine Verärgerung des Drittstaats zu vermeiden, mit keinem Wort Erwähnung findet. Davon war bereits im Abschnitt „Verhältnis zu Drittstaaten“ die Rede.

Zusammenfassend läßt sich also folgendes feststellen:

Das Recht des Drittstaats oder des Zielstaats findet Berücksichtigung, um die Interessen Dritter, nämlich die durch die Herausgabeverbote bzw. Datenschutzvorschriften geschützten Personen zu schützen, seien es Berufsgeheimnisträger oder Inhaber personenbezogener Daten. Auch an staatliche Interessen, insbesondere auf dem Gebiet der Sicherheit und Verteidigung ist gedacht. Schließlich wird auch die schwierige Situation des Adressaten der Herausgabeanordnung, der sozusagen zwischen zwei Stühlen sitzt, nicht ganz aus den Augen verloren, wobei seine Lage allerdings schwierig bleibt. Denn die Gefahr, dass er bei Befolgung der Herausgabeanordnung möglicherweise Sanktionen von Seiten des Drittstaats entgegenseht, ist nur einer von mehreren Ermessensfaktoren, die das Gericht des Ausstellungsstaats in Betracht zu ziehen hat. Dies gilt jedoch nur im Falle von weniger sensiblen Daten, anderenfalls hat ja, wie gesehen, der Drittstaat das letzte

Wort, das wiederum allerdings nur, sofern das genannte Gericht selbst einen Konflikt erkennt. Tut es das nicht, hält es die Herausgabeanordnung ja von sich aus aufrecht. Damit ist also erkennbar, dass das Schicksal der vom Drittstaat vorgesehenen Datenschutzbestimmungen wie auch der vom Zielstaat an sich gewährleisteten Zeugnisverweigerungsrechte u.ä. weitgehend in der Hand der Behörden bzw. Gerichte des Ausstellungsstaats liegt.

Obwohl es im Rahmen der EU mit Eurojust und anderen Einrichtungen eine zentrale Informationsstelle für das Recht der einzelnen Mitgliedstaaten gibt, bleibt die Anwendung von Rechtsnormen des einen Mitgliedstaats durch Behörden und Gerichte eines anderen Mitgliedstaats problematisch, da diesen Erfahrung im Umgang mit dem fremden Recht und mit den rechtstatsächlichen Umständen, die bei der Auslegung von Rechtsvorschriften auch eine Rolle spielen, im allgemeinen fehlen wird. Die Notwendigkeit einer möglicherweise mehrfachen Übersetzung der Rechtsnormen und diesbezüglichen Gerichtsurteile (etwa aus der Sprache des Zielstaats ins Englische und dann weiter in die Sprache des Ausstellungsstaats) kann zu Präzisionsverlusten führen.

Aus all dem wird deutlich, dass es sich nach wie vor als schwierig erweist, die nicht nur durch den entsprechenden politischen Willen, sondern auch durch den unaufhaltsamen informationstechnologischen Fortschritt verursachte Supra- und Internationalisierung des Rechts einschließlich der Rechtsanwendung in praktikable Bahnen zu lenken.

Rechtsanwalt Sven Ringhof, 13.Juni 2018, www.rechtsanwalt-sven-ringhof.de