



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

**Stellungnahme Nr. 65/2020
November 2020**

zur

Mitteilung der Kommission zu ihrer Strategie für einen effektiveren Kampf gegen sexuellen Kindesmissbrauch

und zur

Übergangsverordnung gegen Kindesmissbrauch im Internet

Mitglieder des Ausschusses Datenschutzrecht

RA Klaus Brisch, LL.M.

RA Michael Dreßler

RAin Simone Eckert

RA Prof. Dr. Armin Herb, (Vorsitzender)

RA Dr. Wulf Kamlah

RAin Simone Kolb

RA Jörg Martin Mathis

RA Dr. Hendrik Schöttle

RA Prof. Dr. Ralph Wagner, LL.M.

RA André Haug, Vizepräsident BRAK

RAin Astrid Gamisch, LL.M., BRAK Brüssel

RA Sebastian Aurich, LL.M., BRAK Berlin

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

Verteiler Europäische Kommission
Europäisches Parlament
Europäischer Datenschutzbeauftragter
Rat der Europäischen Union
Ständige Vertretung der Bundesrepublik Deutschland bei der EU
Justizreferenten der Landesvertretungen
Rat der Europäischen Anwaltschaften (CCBE)

Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz
Bundesministerium des Innern
Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
Landesdatenschutzbeauftragte
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsanwaltskammern
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Bundesverband der Freien Berufe
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Juristinnenbund
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Neue Richtervereinigung e.V.
Patentanwaltskammer
Deutscher Steuerberaterverband e.V.
Wirtschaftsprüferkammer
Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e. V.
Berufsverband der Datenschutzbeauftragten Deutschlands e. V.
Deutsche Vereinigung für Datenschutz e. V.
Bitkom e. V.
davit – Arbeitsgemeinschaft IT-Recht im Deutschen Anwaltverein e. V.
eco – Verband der Internetwirtschaft e. V.
VAUNET – Verband Privater Medien e. V.
Stiftung Datenschutz
Datenschutzberater
Computer und Recht
Redaktionen der NJW, ZAP, AnwBl, DRiZ, FamRZ, FAZ, Süddeutsche Zeitung, Die Welt, taz, Handelsblatt, dpa, Spiegel, Focus, Deubner Verlag Online Recht, Beck aktuell, Jurion
Expertenbriefing, Juris Nachrichten, LexisNexis Rechtsnews, Otto Schmidt Verlag

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 gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Die Bundesrechtsanwaltskammer dankt für die Gelegenheit zu einer Stellungnahme zur Strategie der EU-Kommission für einen effektiveren Kampf gegen sexuellen Kindesmissbrauch sowie zu ihrem Entwurf einer Übergangsverordnung gegen Kindesmissbrauch im Internet.

In beiden Papieren sieht die EU-Kommission für Betreiber von Kommunikationsdiensten und -Plattformen die Möglichkeit – und unter Umständen sogar die Pflicht – vor, Inhalte auf das Vorhandensein von Kinderpornographie zu überprüfen.

Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt, dass die Kommission Vorschläge zum Schutz der Rechte von Kindern vorgelegt hat. Auch die Rechtsanwaltschaft möchte zum Schutz von Kinderrechten und insbesondere zum Schutz vor sexuellem Kindesmissbrauch beitragen und tut dies bereits in Form von Beratungen und Vertretungen von Opfern und Institutionen.

Der Kampf gegen Kinderpornographie und ein effektives Auffinden derselben im Internet stellen legitime Ziele dar, die bei entsprechender Grundrechtsabwägung auch einschneidende Datenverarbeitungen zu rechtfertigen vermögen. Indes sind hierbei freilich rechtsstaatliche Grenzen zu beachten, was die Kommission im Grundsatz auch erkannt hat. In dem Entwurf einer Übergangsverordnung kommt dies etwa durch die Aufnahme entsprechender Anforderungen zum Ausdruck.

Aus Sicht der Bundesrechtsanwaltskammer sind indes zumindest weitere Sicherungsmechanismen erforderlich. Die gegenwärtige Ausgestaltung des Verordnungsentwurfs und insbesondere die in ihrem Strategiepapier skizzierten Möglichkeiten und Pflichten der Diensteanbieter lassen über die Möglichkeit von im Einzelfall aufgrund einer gehörigen Grundrechtsabwägung zulässigen Maßnahmen auch generelle und andauernde Beeinträchtigungen von Grund- und Verfassungsrechten zu, die deren Geltung insgesamt infrage stellen.

Dies gilt insbesondere mit Blick auf das in einem Rechtsstaat unabdingbare Mandatsgeheimnis, welches der Verwirklichung des Anspruchs auf ein faires Verfahren inklusive einer Verteidigung (Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. c EMRK), des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf inklusive der Beratung, Verteidigung und Vertretung (Art. 47 Abs. 1, 2 Satz 2 GRCh), der Umsetzung des Rechtsstaatsgebotes (Art. 20 Abs. 3), der Verwirklichung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG), dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Mandanten (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), und seines Rechts auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 Abs. 1 EMRK und Art. 7 GRCh) dient. Ohne eine Sicherstellung der absoluten Vertraulichkeit kann die rechtsstaatlich gebotene anwaltliche Beratung und Vertretung nicht gewährleistet werden.

Verletzungen des Mandatsgeheimnisses beeinträchtigen Anwälte zugleich in deren Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG). Risiken bestehen auch für die Rechte der Anwälte aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 8 Abs. 1 EMRK und Art. 7 GRCh.

Sowohl hinsichtlich des Mandatsgeheimnisses als auch im Hinblick auf die letztgenannten Rechte erscheinen die mit den Vorschlägen der Kommission für Anwältinnen und Anwälte und – noch gravierender: für deren Mandantschaft – einhergehenden Risiken besonders hoch. Denn die Bewertung von mit Kindesmissbrauch in Zusammenhang stehenden Sachverhalten gehört zum Aufgabenbereich der Anwaltschaft. Dementsprechend häufig wird die zwischen Anwälten und Mandanten ausgetauschte

Kommunikation entsprechende Schlagwörter beinhalten. Dies wird grundsätzlich in dreierlei Konstellationen der Fall sein:

Im ersten Fall berät der Anwalt ein Opfer von sexuellem Kindesmissbrauch. In einem solchen Fall besteht keinerlei legitimes Interesse an einem Einblick in die Mandatskommunikation. Diese muss folglich umfassend geschützt werden, nicht zuletzt um eine vertrauliche Beratung im Interesse des Opfers zu ermöglichen.

In der zweiten Konstellation berät eine Anwältin abstrakt zum Thema Kindesmissbrauch – etwa einen Sportverein zum richtigen Umgang mit Verdachtsfällen. Auch hier besteht kein legitimes Interesse an einem Einblick in die Mandatskommunikation, sodass diese umfassend geschützt werden muss. Andernfalls würde die eminent wichtige Rechtsberatung von Institutionen in diesem Bereich beeinträchtigt.

Schließlich wird es Konstellationen geben, in denen Rechtsanwälte Verdächtige oder Täter sexuellen Kindesmissbrauchs beraten oder verteidigen. Das Mandatsgeheimnis gilt indessen auch gerade in Fällen, in denen Menschen in dem Verdacht stehen, schwerste Delikte und Verbrechen begangen zu haben. Aus rechtsstaatlichen Gründen muss auch in diesem Fall das Aufklärungsinteresse des Staates – und sei es auch noch so nachvollziehbar und berechtigt – hinter dem Schutz der Vertraulichkeit des Mandats zurückstehen. Im Ergebnis darf also auch in der dritten denkbaren Konstellation kein Einblick in die Mandatskommunikation erfolgen.

Während also der normative Grundsatz demnach lautet, dass die Vertraulichkeit der Mandatskommunikation in keinem dieser Fälle beeinträchtigt werden darf, steht nach den Vorschlägen der Kommission zu befürchten, dass es in allen genannten Konstellationen aufgrund der unvermeidbaren Verwendung einschlägiger Begrifflichkeiten regelmäßig zu einem Bruch der Vertraulichkeit kommen wird. Ein solches Ergebnis wäre aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit sowie zum Schutze der Rechte von Mandanten und Rechtsanwälten schlechterdings inakzeptabel. Die Vertraulichkeit der Kommunikation zwischen Anwälten und Mandanten muss in jedem Fall gewährleistet bleiben. Sie ist nicht verhandelbar.

Ebenfalls inakzeptabel wäre eine Lösung, bei welcher die Anwaltschaft darauf verwiesen würde, zum Schutz des Mandatsgeheimnisses alternative Kommunikationsmittel zu nutzen. Denn anwaltliche Beratung muss in einem Rechtsstaat jederzeit über die von Bürgern und Institutionen genutzten Kommunikationswege zugänglich bleiben. Zudem stünde zu befürchten, dass, der üblichen Dynamik in der Diskussion um Überwachungskompetenzen folgend, in kürzester Zeit auch die der Anwaltschaft unter Umständen verbleibenden Kommunikationsmittel einer Überwachung zugänglich gemacht werden würden.

Auf Seite 2 ihres Strategiepapiers benennt die EU-Kommission den Zielkonflikt zwischen der Bedeutung vertraulicher, und zu diesem Zweck verschlüsselter, Kommunikation für Freiheit und Rechtssaat einerseits und dem Interesse an Einblicken um illegale Nutzungen zu bekämpfen andererseits. Dabei scheint sie zu dem Ergebnis zu tendieren, dass letzteres Interesse das erstgenannte grundsätzlich überwiege. Dies ist in dieser Allgemeinheit nicht nachvollziehbar – weder mit Blick auf das Mandatsgeheimnis noch hinsichtlich anderer Rechte. Der Rechtsstaat darf seine grundlegenden Werte auch hohen Interessen nicht in dieser Weise allgemein unterordnen.

In jedem Fall würden derart weitreichende Einschränkungen im Lichte des Erforderlichkeitsgrundsatzes einer soliden Faktenbasis bedürfen, die die Eignung der Kommunikationsdurchleuchtung zum Zwecke der Kriminalitätsbegrenzung belegen. Es erscheint fraglich, ob und gegebenenfalls welche Studien die Kommission insoweit in Betracht gezogen hat. Soweit sie auf Seite 2 ihres Strategiepapiers auf Medienveröffentlichungen der BBC und der FAZ verweist, ist zu konstatieren, dass darin eine Erhebung missverständlich wiedergegeben wurde. In dem Sachverhalt in Nordrhein-Westfalen war es nicht so,

dass wegen des Einsatzes von Ende-zu-Ende-Verschlüsselung von 30.000 Tatverdächtigen lediglich 72 Täter identifiziert werden konnten. Vielmehr schloss das nordrhein-westfälische Justizministerium aus den Ergebnissen von 70 Ermittlungsverfahren auf 30.000 weitere Täter. Von Seiten der Strafverfolgungsbehörden wurde auch nicht der Ruf nach einer Durchbrechung der Verschlüsselung, sondern der nach besserer Personalausstattung laut (und ist inzwischen teils in Nordrhein-Westfalen gehört). Im Übrigen sei auf die seinerzeit bei Diskussion zur Vorratsdatenspeicherungs-Richtlinie gewonnenen Erkenntnisse verwiesen. So konnte das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 2011 in einer Studie im Auftrag des Bundesamtes für Justiz (<https://www.mpg.de/5000721/vorratsdatenspeicherung.pdf>) keine Schutzlücken durch den Verzicht auf Vorratsdatenspeicherung feststellen. Diese Studie bezog sich auch auf Kinderpornografie (a.a.O., S. 93 ff.).

Auch das Risiko eines Missbrauchs von Überwachungsmöglichkeiten muss mit in die Betrachtung einfließen. Entsprechende Beispiele (auch aus der EU) hat seinerzeit der Arbeitskreis Vorratsdatenspeicherung (<http://www.vorratsdatenspeicherung.de/content/view/526/189/lang.de/>) gesammelt. Die Eignung der von der Kommission vorgeschlagenen Kommunikationsdurchleuchtung erscheint schließlich auch vor dem Hintergrund fraglich, dass verfolgte Tätergruppen ihre Kommunikation relativ schnell den neuen Gegebenheiten anpassen, also in andere Kommunikationsformen ausweichen können. Sexueller Kindesmissbrauch ist kriminologisch weit überwiegend ein im sozialen und familiären Umfeld begangenes „Nähedelikt“, dem durch eine Kommunikationsdurchleuchtung allenfalls begrenzt begegnet werden kann.

Dies alles spricht dafür, im Bündel der betrachteten Maßnahmen gegen sexuellen Kindesmissbrauch die Überwachung verschlüsselter Kommunikation keinesfalls als flächendeckendes, präventives Instrument einzusetzen, sondern diese nur, vergleichbar mit den Regelungen zur Hausdurchsuchung, in rechtsstaatlich begrenzten Einzelfällen vorzusehen.

In jedem Fall gewährleistet sein muss, dass die Vertraulichkeit anwaltlicher Beratung und Kommunikation zum Thema sexueller Kindesmissbrauch nicht, und schon gar nicht durchweg, gebrochen wird. Dies lässt sich nach derzeitigem Kenntnisstand nur dadurch sicherstellen, dass die Möglichkeit einer vollständigen Ende-zu-Ende-Verschlüsselung ohne technische Hintertüren auf allen Kommunikationskanälen erhalten bleibt. Auch wo eine solche Verschlüsselung nicht besteht, darf eine Kenntnisnahme oder gar Durchleuchtung von Inhalten – von rechtsstaatlich eng begrenzten Ausnahmen abgesehen – grundsätzlich nur mit Zustimmung der Kommunikationspartner – namentlich des Mandanten – erlaubt werden. Bestimmungen, die demgegenüber regelmäßige und dauerhafte Eingriffe in die Schutzbereiche der Rechte der aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. c EMRK, Art. 47 Abs. 1, 2 Satz 2 GRCh, Art. 20 Abs. 3, Art. 103 Abs. 1 GG, 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 8 Abs. 1 EMRK, Art. 7 GRCh, Art. 12 Abs. 1 GG zur Folge hätten, sind indes abzulehnen.

Die Bundesrechtsanwaltskammer bittet die EU-Kommission vor diesem Hintergrund eindringlich, die Vertraulichkeit anwaltlicher Kommunikation bei der weiteren Ausgestaltung der Strategie gegen sexuellen Kindesmissbrauch zu gewährleisten und die Übergangsverordnung so auszugestalten, dass eine Durchleuchtung anwaltlicher Kommunikationen, unter anderen als den genannten Voraussetzungen, ausgeschlossen wird. Dies könnte etwa durch folgenden Zusatz erfolgen:

„Durch technische Maßnahmen ist sicherzustellen, dass Berufsgeheimnisse, insbesondere Patienten- und Mandatsgeheimnisse, nicht der Überwachung unterliegen.“

* * *