



# Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch  
den Ausschuss Gefahrenabwehrrecht

zu den Trilog-Verhandlungen über den  
Verordnungsvorschlag der Kommission über eine  
vorübergehende Ausnahme von bestimmten  
Vorschriften der Richtlinie 2002/58/EG hinsichtlich  
der Verwendung von Technik durch Anbieter  
nummernunabhängiger interpersoneller  
Kommunikationsdienste zur Verarbeitung  
personenbezogener und anderer Daten zwecks  
Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von  
Kindern im Internet (COM(2020) 568 final)

Stellungnahme Nr.: 25/2021

Berlin/Brüssel, im März 2021

## Mitglieder des Ausschusses

- Rechtsanwältin Lea Voigt, Bremen (Vorsitzende)
- Rechtsanwalt Wilhelm Achelpöehler, Münster
- Rechtsanwalt Dr. David Albrecht, Berlin (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Eren Basar, Düsseldorf
- Rechtsanwältin Prof. Dr. Annika Dießner, Berlin
- Rechtsanwalt Dr. Nikolas Gazeas, LL.M., Köln
- Rechtsanwalt Dr. Andreas Grözinger, Köln
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Stefan König, Berlin
- Rechtsanwältin Dr. Regina Michalke, Frankfurt
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Mark A. Zöllner, München
- Prof. Dr. Annika Dießner, Berlin (ständiges Gastmitglied im Ausschuss)
- Prof. Dr. Mark A. Zöllner, München (ständiges Gastmitglied im Ausschuss)

**Deutscher Anwaltverein**  
Littenstraße 11, 10179 Berlin  
Tel.: +49 30 726152-0  
Fax: +49 30 726152-190  
E-Mail: dav@anwaltverein.de

**Büro Brüssel**  
Rue Joseph II 40, Boîte 7B  
1000 Brüssel, Belgien  
Tel.: +32 2 28028-12  
Fax: +32 2 28028-13  
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de  
EU-Transparenz-Registernummer:  
87980341522-66

www.anwaltverein.de

## Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle

- Rechtsanwalt Max Gröning

## Ansprechpartner in Brüssel:

- Rechtsanwältin Eva Schriever, LL.M.

## **Verteiler**

---

### Europa

- Europäische Kommission
  - Generaldirektion für Kommunikationsnetze, Inhalte und Technologien
  - Generaldirektion für Justiz und Verbraucher
  - Generaldirektion Migration und Innere
- Europäisches Parlament
  - Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres
- Rat der Europäischen Union
- Ständige Vertretung der Bundesrepublik Deutschland bei der EU
- Justizreferenten der Landesvertretungen
- Rat der Europäischen Anwaltschaften (CCBE)
- Bundesverband der Freien Berufe 8

### Deutschland

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Rechts- und Verbraucherschutzausschuss des Deutschen Bundestages
- Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Arbeitsgruppe Recht und Verbraucherschutz der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitsgruppe Inneres der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien
- Landesjustizministerien
- Rechts- und Innenausschüsse der Landtage
- Justizministerien und -senatsverwaltungen der Länder
- Landesministerien und Senatsverwaltungen des Innern
- Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
- Landesdatenschutzbeauftragte
- Bundesgerichtshof
- Bundesanwaltschaft

- Bundesrechtsanwaltskammer
- Deutscher Richterbund
- Bundesverband der Freien Berufe
- Europäische Kommission - Vertretung in Deutschland
- Deutsches Institut für Menschenrechte
- Gesellschaft für Freiheitsrechte
- Vorstand und Landesverbände des DAV
- Vorsitzende der Gesetzgebungs- und Geschäftsführenden Ausschüsse des DAV
- Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft des DAV

### Presse

- Frankfurter Allgemeine Zeitung
- Süddeutsche Zeitung
- Berliner Verlag GmbH
- Hamburger Abendblatt
- Der Tagesspiegel
- Der Spiegel
- Juris Newsletter
- Jur
- PCNetzpolitik.org
- Heise
- LTO

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt mehr als 62.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 252 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

---

## **I. Zusammenfassung**

Die EU-Kommission hat am 10. September 2020 einen Vorschlag für eine Verordnung über eine vorübergehende Ausnahme von bestimmten Vorschriften der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates hinsichtlich der Verwendung von Technik durch Anbieter nummernunabhängiger interpersoneller Kommunikationsdienste zur Verarbeitung personenbezogener und anderer Daten zwecks Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern im Internet (nachfolgend: Übergangs-VO) vorgelegt. Das Vorhaben soll es Online-Kommunikationsdienstleistern erlauben, freiwillige Maßnahmen zur automatisierten Analyse von Kommunikationsdaten (Inhalts-, Verkehrs- und Standortdaten) zu implementieren und identifizierte Fälle von sexuellem Missbrauch an Behörden zu melden.

Der DAV spricht sich ausdrücklich dafür aus, die Vorbereitung und Begehung von sexuellem Kindesmissbrauch und deren Verbreitung über das Internet durch wirksame Maßnahmen auf europäischer Ebene zu bekämpfen. Die von der Kommission vorgeschlagene Übergangs-VO würde jedoch eklatant unverhältnismäßige Eingriffe in die Freiheitsgrundrechte von Nutzern internet-basierter Kommunikationsdienste ermöglichen. Darüber hinaus lässt der Verordnungsvorschlag hinreichende prozessuale Absicherungen für Betroffene vermissen. Das Gesetzesvorhaben ist daher insgesamt abzulehnen.

Der DAV fordert, dass jede automatisierte oder manuelle Auswertung von Kommunikationsdaten zum Zwecke der Verhütung und Verfolgung von Straftaten ausnahmslos an den Vorgaben der Datenschutzgrundverordnung gemessen werden muss. Den dahingehenden Empfehlungen des wissenschaftlichen Dienstes des europäischen Parlaments in seiner Folgenabschätzung vom 5. Februar 2021 schließt sich der DAV ausdrücklich an.

Sollte die Übergangs-VO trotz der grundsätzlichen Ablehnung des DAV angenommen werden, fordert der DAV, dass Regelungen zum Schutz des Berufsgeheimnisses aufgenommen werden, wie sie etwa der Änderungsantrag 28 des LIBE Berichts vorsieht. Das Berufsgeheimnis ist in einem Rechtsstaat unabdingbar und dient u.a. der Verwirklichung des Anspruchs auf ein faires Verfahren inklusive einer Verteidigung (Art. 6 EMRK), des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf inklusive der Beratung, Verteidigung und Vertretung (Art. 47 GRCh). Namentlich in Fällen, in denen Anwälte Opfer von Kindermisbrauch vertreten oder solcher Taten Beschuldigte verteidigen, würde die geplante Verordnung unweigerlich zu Eingriffen in die Vertraulichkeit von Mandatsbeziehungen führen. Ein solches Ergebnis wäre aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit sowie zum Schutze der Rechte von Mandanten und Rechtsanwälten schlechterdings inakzeptabel.

## II. Hintergrund

Die geplante Übergangs-VO geht auf die Strategie der Kommission zur wirksameren Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern vom 24. Juli 2020 zurück. Hintergrund ist, dass mit der vollständigen Anwendung des Europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation seit dem 21. Dezember 2020 bestimmte Online-Kommunikationsdienste, wie Webmail, Nachrichtenübermittlung (Messaging) und Internet-Telefonie, in den Anwendungsbereich der e-Privacy-Richtlinie fallen. Diese Richtlinie enthält keine ausdrückliche Rechtsgrundlage für freiwillige Maßnahmen gegen den Missbrauch von Kindern, sodass die Übergangs-VO als Überbrückung dienen soll.

Einige Telekommunikationsanbieter haben bisher auf freiwilliger Basis Maßnahmen zur Aufdeckung von sexuellem Kindesmissbrauch im Internet ergriffen. Die E-Privacy-Richtlinie enthält aber **keine ausdrückliche Rechtsgrundlage** für die Verarbeitung von Inhalts- oder Verkehrsdaten zum Zwecke der Aufdeckung des sexuellen Missbrauchs von Kindern im Internet. Mit der vollständigen Anwendung sind diese freiwilligen Aktivitäten nun nicht mehr möglich, sofern die Mitgliedsstaaten keine spezifischen nationalen Maßnahmen ergreifen. Mit der Verordnung soll eine begrenzte Ausnahme von der Anwendbarkeit von Artikel 5 Absatz 1 und Artikel 6 der e-Privacy-Richtlinie, in denen der Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation und der Verkehrsdaten geregelt ist, geschaffen werden.

Art. 3 der Übergangs-VO soll es Online-Kommunikationsdienstleistern erlauben, **freiwillige** Maßnahmen zur automatisierten Analyse von Kommunikationsdaten (Inhalts-, Verkehrs- und Standortdaten) unter Verwendung „geeigneter Indikatoren wie Schlüsselwörter und objektiv ermittelte Risikofaktoren“ zu implementieren und identifizierte Fälle von sexuellem Missbrauch an Behörden zu melden.

### III. Grundsätzliche Ablehnung der Übergangs-VO

Der Deutsche Anwaltverein spricht sich ausdrücklich dafür aus, die Vorbereitung und Begehung von sexuellem Kindesmissbrauch und deren Verbreitung über das Internet durch wirksame Maßnahmen auf europäischer Ebene zu bekämpfen.

Die von der Kommission vorgeschlagene Übergangs-VO würde jedoch eklatant unverhältnismäßige Eingriffe in die Freiheitsgrundrechte von Nutzern internet-basierter Kommunikationsdienste ermöglichen. Darüber hinaus lässt der Verordnungsvorschlag hinreichende prozessuale Absicherungen für Betroffene vermissen. Das Gesetzesvorhaben ist daher insgesamt abzulehnen.

Gemäß Artikel 15 Abs. 1 der E-Privacy-Richtlinie können Mitgliedsstaaten Rechtsvorschriften zur Beschränkung der Rechte und Pflichten aus Art. 5 (Vertraulichkeit der Kommunikation) und Art 6 (Pflichten im Umgang mit Verkehrsdaten) der E-Privacy-Richtlinie, erlassen, wenn dies für die Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung und Verfolgung von Straftaten notwendig sowie **angemessen und verhältnismäßig** ist. Im 11. Erwägungsgrund der E-Privacy-Richtlinie wird klargestellt, dass eine derartige Maßnahme in einem „strikt“ angemessenen Verhältnis zum intendierten Zweck stehen muss.

Der EuGH hat der anlasslosen Speicherung von Verkehrs- und Standortdaten durch Telekommunikationsanbieter **enge Grenzen** gesetzt. Im Rahmen seiner Rechtsprechung zur Vorratsdatenspeicherung hat der EuGH festgestellt, dass eine allgemeine und unterschiedslose Speicherung solcher Daten im Grundsatz unzulässig und nur ausnahmsweise unter spezifischen Voraussetzungen und unter Gewährleistung ausreichender prozessualer Sicherungen erlaubt ist. Entsprechende Rechtsvorschriften müssen durch **klare und präzise Regeln** sicherstellen, dass bei der Speicherung der fraglichen Daten die für Sie geltenden **materiellen und prozeduralen Voraussetzungen** eingehalten werden und dass die Betroffenen über wirksame

Garantien zum Schutz vor Missbrauchsrisiken verfügen (EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-511/18, C-512/18, C-520/18).

Eine **automatisierte Analyse** von Verkehrs- und Standortdaten ist aufgrund ihrer besonderen Eingriffsintensität nach der Rechtsprechung des EuGH nur dann gerechtfertigt, wenn sie auf Situationen „einer als real und aktuell oder vorhersehbar einzustufenden ernststen Bedrohung für die nationale Sicherheit“ beschränkt ist oder ein konkreter Verdacht terroristischer Aktivitäten der Betroffenen besteht. In beiden Fällen ist eine hinreichend wirksame gerichtliche oder behördliche Kontrolle zu gewährleisten (EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-511/18, C-512/18, C-520/18).

Diese Grundsätze sind auch auf Fälle *freiwilliger* Datenverarbeitung durch Private übertragbar, da es aus Sicht der Kommunikationsteilnehmer keinen Unterschied macht, ob eine Datenverarbeitung durch einen Diensteanbieter aufgrund einer rechtlichen Verpflichtung erfolgt oder nicht. Die Intensität der mit der Verarbeitung verbundenen Grundrechtseingriffe und damit das Schutzbedürfnis der Nutzer ändert sich dadurch nicht.

Die geplante Übergangs-VO sieht die vom EuGH angemahnten Sicherungsgarantien nicht vor und bleibt daher weit hinter den Vorgaben des EuGH zur Vorratsdatenspeicherung zurück.

Die im Verordnungsvorschlag vorgesehene anlasslose und massenhafte Auswertung auch von **Kommunikationsinhalten** und deren Meldung an Behörden stellen zudem **besonders schwere Eingriffe** in die Vertraulichkeit von Kommunikation dar, die erheblich über die bisher diskutierten Maßnahmen der Vorratsdatenspeicherung hinausgehen.

Die anlasslose und umfassende Analyse von Inhaltsdaten und deren Übermittlung an staatliche Stellen im Fall echter oder vermeintlicher „Treffer“ führt letztlich zu einer **vollständigen Aufhebung der Vertraulichkeit elektronischer Kommunikation**. Bereits die inhaltliche Auswertung von Kommunikationsdaten stellt unabhängig von einer späteren Übermittlung an Dritte einen erheblichen Eingriff in Grundrechte dar, der einer Rechtfertigung bedarf. Zwar stellt die Bekämpfung von Kindesmissbrauch zweifellos einen legitimen Regelungszweck da, indes übersteigt die in Art. 3 der

Übergangs-VO geregelte Befugnis zur unterschiedslosen Analyse sämtlicher Kommunikationsinhalte evident die Grenzen der Verhältnismäßigkeit.

Intensiviert werden die Grundrechtseingriffe noch dadurch, dass den Diensteanbietern eine Datenanalyse mittels **künstlicher Intelligenz** erlaubt werden soll. Diese Art der Auswertung birgt spezielle Risiken für die Betroffenen, weil die Richtigkeit der Auswertungsergebnisse von der Ausgestaltung der Analysesoftware, insbesondere Bezeichnung der Indikatoren abhängt. Insoweit bestehen aber erhebliche Zweifel daran, dass Art. 3 des Verordnungsvorschlags sicherstellt, dass die Diensteanbieter ausreichend zuverlässige Software zum Einsatz bringen. Die Vorgaben bleiben hier denkbar vage („bewährte Technik“, „hinreichend zuverlässig“, „geeigneter Indikatoren wie Schlüsselwörter und objektiv ermittelte Risikofaktoren“).

Darüber hinaus enthält die Vorschrift unzureichende und unklare Regelungen hinsichtlich der **Datenverwendung**. So sollen Diensteanbieter beispielsweise berechtigt sein, identifizierte Inhalte an „Strafverfolgungsbehörden und andere einschlägige Behörden“ zu übermitteln. Welche Stellen unter die letztgenannte Kategorie fallen, ist völlig unklar.

Es steht zudem zu befürchten, dass die lediglich als temporäre Regelung und auf die Ermöglichung freiwilliger Maßnahmen ausgelegte Übergangs-VO in Zukunft als Blaupause für entsprechende **auf Dauer angelegte und verpflichtende** Vorschriften herangezogen wird. Die Kommission führt diesbezüglich aktuell eine öffentliche Konsultation durch und plant in der zweiten Jahreshälfte 2021 einen Verordnungsentwurf vorzulegen.

Der DAV fordert deshalb, dass jede automatisierte oder manuelle Auswertung von Kommunikationsdaten zum Zwecke der Verhütung und Verfolgung von Straftaten ausnahmslos an den Vorgaben der Datenschutzgrundverordnung gemessen werden muss. Den dahingehenden Empfehlungen des wissenschaftlichen Dienstes des europäischen Parlaments in seiner Folgenabschätzung vom 5. Februar 2021 schließt sich der DAV ausdrücklich an.



#### IV. Schutz des Berufsgeheimnisses

Das Berufsgeheimnis ist in einem Rechtsstaat **unabdingbar** und dient der Verwirklichung des Anspruchs auf ein **faïres Verfahren** inklusive einer Verteidigung (Art. 6 EMRK), des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf inklusive der Beratung, Verteidigung und Vertretung (Art. 47 GRCh), der Umsetzung des Rechtsstaatsgebotes, der Verwirklichung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Mandanten und des Rechts auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK und Art. 7 GRCh).

Konkret bedroht die geplante Übergangs-VO das anwaltliche Berufsgeheimnis in drei Fallkonstellationen: die anwaltliche Vertretung von Opfern von Kindermisbrauch; die abstrakte anwaltliche Beratung zum Schutz vor Kindermisbrauch; die anwaltliche Verteidigung von Beschuldigten in diesem Bereich.

In allen drei genannten Konstellationen würde es, tritt die geplante Verordnung in Kraft, regelmäßig zu einem **Bruch der Vertraulichkeit** kommen. Die Kommunikation in Mandatsverhältnissen erfolgt heutzutage auf vielfältigen Wegen. Mandanten nutzen für die Korrespondenz mit ihren Anwälten E-Mail-Dienste wie Gmail, Messenger-Dienste wie WhatsApp, Videokonferenzdienste wie Microsoft Teams und eine Vielzahl weiterer digitaler Kanäle. Da die geplante Übergangs-VO keine Ausnahme für verschlüsselte Kommunikationsinhalte vorsieht, wäre selbst die Nutzung von „Krypto-Messengern“ kein geeignetes Mittel, um den Schutz des Mandatsgeheimnisses zu bewahren.

Das Berufsgeheimnis muss dabei schon auf der Ebene der **Datenerhebung** in Gestalt der Auswertung der Kommunikationsinhalte einen wirksamen Schutz erfahren. Denn bereits die inhaltliche Analyse der Kommunikationsdaten stellt einen Eingriff dar, der durch eine Übermittlung an Behörden und sonstige Dritte intensiviert, aber nicht erst begründet wird. Die Notwendigkeit ausreichender Schutzmechanismen entfällt auch nicht dadurch, dass Datenanalyse nicht von staatlichen Stellen, sondern von Unternehmen der Privatwirtschaft durchgeführt wird. Die Übergangs-VO soll es Telekommunikationsanbietern ermöglichen, eigene Maßnahmen zur Verhütung und Verfolgung von Straftaten im Internet umzusetzen und identifizierte „Treffer“ an Behörden zu übermitteln. Darin liegt eine weitere Form der „Auslagerung“ staatlicher Aufgaben im Bereich der Verbrechensbekämpfung auf Privatunternehmen, die dem

Trend der Zeit entspricht, die es aber erforderlich macht, ausreichende Schutzvorkehrungen bereits auf der Ebene der zweckgerichteten Datenerhebung durch die betreffenden privaten Stellen zu implementieren.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass Kommunikationsinhalte, die dem Berufsgeheimnis unterliegen, aus technischen Gründen nicht zuverlässig identifiziert werden können. Ist es, wovon die geplante Übergangs-VO ausgeht, technisch möglich, bestimmte inkriminierte Inhalte durch den Einsatz von künstlicher Intelligenz zu ermitteln, ist es nicht einsichtig, warum entsprechendes nicht auch in Bezug auf rechtlich privilegierte Inhalte möglich sein soll. Sollte die jeweils verwendete Analysesoftware tatsächlich nicht in der Lage sein, zu schützende Kommunikationsinhalte zuverlässig auszusondern, stellt dies nicht die Notwendigkeit des Berufsgeheimnisschutzes infrage, sondern offenbart nur die Ungeeignetheit der Software, eine rechtlich beanstandungsfreie Auswertung sicherzustellen.

Der DAV fordert daher, den Änderungsantrag 28 des LIBE Berichts, der wie folgt lautet, anzunehmen:

***Änderungsantrag 28: Artikel 3 Absatz 1 lit. xiii (neu)***

***Es gibt keine Beeinträchtigung der durch das Berufsgeheimnis geschützten Kommunikation, etwa zwischen Ärzten und ihren Patienten, Journalisten und ihren Quellen oder Anwälten und ihren Mandanten.***