

## **Vorratsdatenspeicherung - Ein vorprogrammierter Verfassungskonflikt \***

Rechtsanwältin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, MdB, Feldafing

**Wegen verfassungsrechtlicher Bedenken haben es die Bundesregierung und der deutsche Bundestag jahrelang abgelehnt, die bei Telefonaten und bei der Internetnutzung anfallenden Verkehrs- und Verbindungsdaten zu Zwecken der Strafverfolgung über den betrieblich erforderlichen Zeitraum hinaus zu speichern. Gleichwohl hat die Bundesregierung im Frühjahr 2006 dem Erlass einer europäischen Richtlinie zugestimmt, die den Mitgliedstaaten der Europäischen Union die gesetzliche Verankerung der Vorratsdatenspeicherung zur Pflicht macht. Die Verfasserin hat erhebliche Zweifel, ob die für das Frühjahr 2007 vorgesehene Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht den in der Rechtsprechung des BVerfG entwickelten Kriterien und Grundsätzen des Grundrechtsschutzes genügen kann. Sie warnt zudem vor einem ernststen Konflikt zwischen dem BVerfG und dem EuGH, der von der Bundesregierung mit der Umsetzung der Richtlinie provoziert und in Kauf genommen wird.**

### **I. Einleitung**

Am 15. 3. 2006 haben das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union die Richtlinie 2006/24/EG<sup>1</sup> erlassen. Sie verlangt von den Mitgliedstaaten den Erlass von Rechtsvorschriften, mit denen die Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste oder Kommunikationsnetze verpflichtet werden, die bei ihnen betriebsbedingt anfallenden Kommunikationsdaten über den betrieblich erforderlichen Zeitraum hinaus ab dem Zeitpunkt der Kommunikation mindestens sechs Monate und höchstens zwei Jahre (auf Vorrat) zu speichern. Mit der Richtlinie sollen die Vorschriften der Mitgliedstaaten über die Pflichten von Anbietern öffentlich zugänglicher Kommunikationsdienste oder -netze im Zusammenhang mit der Vorratsspeicherung bestimmter Daten, die von ihnen erzeugt oder verarbeitet werden, harmonisiert und sichergestellt werden, dass die Daten den Sicherheitsbehörden zum Zwecke der Ermittlung und Verfolgung schwerer Straftaten verfügbar sind. Auf Vorrat sind alle Daten zu speichern, die bei der Nutzung des Telefonfestnetzes, des Mobilfunks und des Internets aus betrieblichen Gründen anfallen. Nach Art. 15 I der Richtlinie müssen die zur Umsetzung der Richtlinie erforderlichen nationalen Rechtsvorschriften spätestens am 15. 9. 2007 Rechtskraft erlangt haben, wobei sich die Bundesregierung das in Art. 15 III der Richtlinie eingeräumte Recht vorbehält, die gesetzliche Regelung zur Vorratsspeicherung der Internetdaten um bis zu 36 Monate aufzuschieben.

Mit der Übernahme der aus der Richtlinie resultierenden gesetzgeberischen Verpflichtungen setzt sich die Bundesregierung über eindeutige Beschlüsse des Deutschen Bundestages hinweg, der die Vorratsspeicherung von Kommunikationsdaten wiederholt abgelehnt hat. Überdies nimmt sie schwerwiegende Verfassungskonflikte in Kauf, da an der grundgesetzlichen Zulässigkeit der Vorratsspeicherung von Kommunikationsdaten erhebliche Zweifel bestehen. Zweifelhaft ist ferner, ob die mit Art. 95 EGV vom Rat der EU gewählte Ermächtigungsgrundlage zur Regelung der Vorratsspeicherung europäischem Vertragsrecht entspricht.

### **II. Gang der europäischen Gesetzgebung**

Auf europäischer Ebene gehen die Pläne zur Vorratsspeicherung von Telekommunikationsdaten auf die Schlussfolgerungen des Rates für Justiz und Inneres vom 20. 9. 2001 zurück. Kurz nach den Terroranschlägen des 11. 9. 2001 in den USA hat der Rat für Justiz und Inneres die Europäische Kommission zur Erarbeitung eines Vorschlags aufgefordert, der die Sicherheitsbehörden befähigen soll, unter Nutzung der elektronischen Telekommunikation begangene Straftaten besser aufzuklären und zu verfolgen. Der Rat erklärt, dass er dabei darauf achten werde, dass die Balance zwischen dem Schutz persönlicher Daten und den Bedürfnissen der Strafverfolgungsbehörden, auf solche Daten zugreifen zu können, gewahrt bleibe<sup>2</sup>. Gut ein Jahr später betont der Rat für Justiz und Inneres am 19. 11. 2002, dass durch die zunehmende Nutzung elektronischer Kommunikationsmöglichkeiten die dabei anfallenden Daten wichtige und nützliche Mittel zur Aufklärung und Ahndung von Straftaten, insbesondere der organisierten Kriminalität geworden seien<sup>3</sup>. Von einer Speicherung von Telekommunikationsdaten „auf Vorrat“ ist auf Ratsebene erstmals in der vom Rat am 25. 3. 2004 angenommenen Erklärung zum Kampf gegen den Terrorismus die Rede. In dieser Erklärung, die als Reaktion auf die Terroranschläge von Madrid zu verstehen ist, beauftragt der Rat den Rat der EU, Vorschläge für Rechtsvorschriften zu beraten, die die Aufbewahrung von Verkehrsdaten durch die Anbieter von Telekommunikationsdiensten regeln<sup>4</sup>.

Daraufhin sahen sich Frankreich, Großbritannien, Irland und Schweden veranlasst, dem Rat am 28. 4. 2004 den Entwurf eines auf die Art. 31 I lit. b und Art. 34 II lit. b des Vertrags über die Europäische Union (EUV) gestützten Rahmenbeschlusses über die **Vorratsdatenspeicherung** von Telekommunikationsdaten<sup>5</sup> vorzulegen, der den Mitgliedstaaten und dem Europäischen Parlament zur Stellungnahme zugeleitet wurde. Der Rahmenbeschlusssentwurf sah vor, für Telekommunikationsdaten Speicherfristen von mindestens einem Jahr und höchstens drei Jahren vorzuschreiben. Es mögen ratsinterne Meinungsverschiedenheiten, öffentliche Kritik oder die ablehnende Haltung des Europäischen Parlaments gewesen sein, die die damalige niederländische Ratspräsidentschaft im November 2004 veranlassten, den Rahmenbeschlusssentwurf im Rat nicht weiter zu beraten<sup>6</sup>. In den Schlussfolgerungen der Ratspräsidentschaft vom 15. 7. 2005 wird allerdings betont, dass dem Rechtsetzungsverfahren zur Verstärkung der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten, besonders hinsichtlich der Speicherung von Telekommunikationsdaten, höchste Priorität eingeräumt werde<sup>7</sup>.

Die Beratungen im Rat zu dem aus seiner Mitte eingebrachten Rahmenbeschlussvorschlag wurden nicht wieder aufgenommen. Stattdessen legte die Europäische Kommission am 21. 9. 2005 den Vorschlag für eine auf den Art. 95 EGV

Leutheusser-Schnarrenberger: **Vorratsdatenspeicherung** - Ein vorprogrammierter  
Verfassungskonflikt

ZRP 2007 Heft 1

10 

gestützte Richtlinie über die Vorratsspeicherung vor<sup>8</sup>. In ihm sind für die bei der Internetnutzung anfallenden Daten sechsmonatigen und für alle anderen Daten einjährige Speicherfristen vorgesehen<sup>9</sup>. Nach der mehrheitlichen Zustimmung des Europäischen Parlaments am 14. 11. 2005 wurde die Richtlinie im Rat gegen die Stimmen der Slowakei und Dänemarks angenommen und am 15. 3. 2006 in Kraft gesetzt<sup>10</sup>. Abweichend vom Kommissionsvorschlag sind in der vom Rat verabschiedeten Richtlinienfassung für alle Kommunikationsdaten Speicherfristen von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren vorgeschrieben<sup>11</sup>.

### III. Vorratsdatenspeicherung in Deutschland

Die Versuche, den Anbietern von Telekommunikationsdiensten und -netzen eine über das betrieblich notwendige Maß hinausgehende Speicherpflicht für Telekommunikationsdaten vorzuschreiben, gehen wesentlich auf Initiativen des Bundesrats aus dem Jahre 2002 zurück. Im Zuge der Beratungen zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes (TKG) und des Teledienstedatenschutzgesetzes (TDDSG) sowie zur Änderung der Strafprozessordnung, um Ermittlungsmaßnahmen wegen des Verdachts sexuellen Missbrauchs von Kindern zu verbessern, verlangte der Bundesrat damals, die Anbieter öffentlicher Telekommunikationsdienste und -netze zu verpflichten, die bei ihnen anfallenden Telekommunikationsdaten über den betrieblich bedingten Zeitraum hinaus „auf Vorrat“ zu speichern und zur Übermittlung an die Sicherheitsbehörden bereit zu halten<sup>12</sup>. Die zur Einführung dieser Regelung vom Bundesrat vorgeschlagenen Änderungen des Telekommunikationsgesetzes und des Teledienstedatenschutzgesetzes wurden von der Bundesregierung mit dem Hinweis auf entgegenstehende grundgesetzliche Erwägungen abgelehnt<sup>13</sup>.

Im Rahmen der 2003 wieder aufgenommenen Beratungen zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes beschloss der Bundesrat im Dezember 2003, seinen Vorschlag vom Juli 2002 zur Verankerung der **Vorratsdatenspeicherung** im Telekommunikationsgesetz erneut vorzulegen, der jedoch von der Bundesregierung nicht aufgegriffen wurde<sup>14</sup>. Stattdessen wurden die Beratungen zur Novellierung des Telekommunikationsgesetzes durch das im Mai 2004 im Vermittlungsausschuss erzielte Ergebnis abgeschlossen. Ohne die vom Bundesrat angestrebte **Vorratsdatenspeicherung** aufzunehmen, trat das neue Gesetz am 26. 6. 2004 in Kraft. Trotz dieser Einigung im Vermittlungsausschuss sah sich der Bundesrat in seiner Sitzung am 13. 9. 2004 veranlasst, den bereits am 28. 4. 2004 von der Kommission der Europäischen Union vorgelegten Entwurf eines Rahmenbeschlusses über die **Vorratsdatenspeicherung** ausdrücklich zu begrüßen<sup>15</sup>. Anders der Bundestag: Anlässlich der Vorlage des Jahresberichts des Bundesdatenschutzbeauftragten bekräftigt er im Dezember 2004 seine ablehnende Haltung<sup>16</sup>. Einen Monat später, am 26. 1. 2005, fasst er im Rahmen der Debatte über den Entwurf des Rahmenbeschlusses zur **Vorratsdatenspeicherung** auf Empfehlung des Wirtschafts- und Rechtsausschusses einen Beschluss, in dem an die ablehnende Haltung des Deutschen Bundestages erinnert und die Bundesregierung aufgefordert wird, diese Position auf europäischer Ebene zu vertreten<sup>17</sup>.

Wie schon zuvor der Rahmenbeschlusssentwurf wird auch der am 21. 11. 2005 von der Europäischen Kommission vorgelegte Vorschlag für eine Richtlinie zur **Vorratsdatenspeicherung** vom Bundesrat begrüßt<sup>18</sup>. Er meldet aber Zweifel an, ob die nunmehr gewählte gemeinschaftsrechtliche Verankerung des Vorhabens unter EU-vertragsrechtlichen Gesichtspunkten gerechtfertigt ist. Nachdem die Bundesregierung den Bundestag darüber informiert hat, dass es in den Verhandlungen des Rats gelungen sei, die im Kommissionsentwurf vorgesehene Speicherfrist von einem Jahr auf eine halbjährige Mindestspeicherpflicht zu verkürzen, beschließt der Deutsche Bundestag am 7. 2. 2006 gegen die Stimmen der Oppositionsparteien, die Bundesregierung aufzufordern, der Richtlinie in der geänderten Form zuzustimmen<sup>19</sup>. Am 15. 3. 2006 wird die Richtlinie 2006/24/EG vom Europäischen Parlament und bei Zustimmung der Bundesregierung vom Rat der EU erlassen.

#### IV. Vorratsdatenspeicherung und Grundgesetz

Als die Bundesregierung im Jahre 2002 den Versuch des Bundesrates, eine Speicherpflicht für Telekommunikationsdaten einzuführen, ablehnte, hat sie betont, dass „bei Überlegungen hinsichtlich der Einführung von Mindestspeicherpflichten für Dienstanbieter die tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten, insbesondere das Fernmeldegeheimnis, das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, das Gebot der konkreten Bestimmung des Zwecks der Datenverarbeitung, die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit sowie der Datenvermeidung und -sparsamkeit sowie die Grundrechte und schutzwürdigen Interessen der Dienstanbieter einerseits und die Interessen der Sicherheitsbehörden andererseits abzuwägen seien“.

Es ist nicht ersichtlich, wo und in welcher Weise die damals zu Recht aufgestellten Abwägungserfordernisse in der nun vom Rat der EU mit Zustimmung Deutschlands verabschiedeten Richtlinie Berücksichtigung gefunden haben sollten. Die damals vorgebrachten grundrechtlichen Argumente und Bedenken gegen die Vorratsspeicherung einer Fülle personenbezogener Daten eines jeden Teilnehmers an der Telekommunikation gelten nach wie vor. Sie können nicht durch den beschwichtigenden Hinweis der Bundesregierung ausgeräumt werden, dass gegenüber dem damaligen Zustand in die Abwägung „nunmehr auch die Erwägungen einzubeziehen seien, die den Europäischen Rat dazu veranlasst haben, in seiner Erklärung vom 25. 3. 2004 den Justiz- und Innenministerrat zu beauftragen, über Vorschläge für Rechtsvorschriften über die Aufbewahrung von Verkehrsdaten durch Dienstanbieter (...) zu beraten“<sup>20</sup>.

In vielen Entscheidungen hat das *BVerfG* betont, dass nicht erst die staatliche Verarbeitung und Verwendung, sondern schon die Erhebung und Speicherung personenbezogener Daten und Informationen einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung<sup>21</sup> und, soweit einschlägig, in das Fernmeldegeheimnis gem. Art. 10 GG<sup>22</sup> ist<sup>23</sup>. Auch besteht kein Zweifel daran, dass eine den Anbietern von

Leutheusser-Schnarrenberger: **Vorratsdatenspeicherung** - Ein vorprogrammierter  
Verfassungskonflikt

ZRP 2007 Heft 1

11 

Kommunikationsdiensten gesetzlich auferlegte Pflicht zur Speicherung personenbezogener Kommunikationsdaten über den betrieblich erforderlichen Zeitraum hinaus einen von der betriebsbedingten Datenspeicherung separierten, eigenständigen Eingriff in die Grundrechtspositionen der Kommunikationsteilnehmer darstellt, zumal sie anderen als den ursprünglich vorgesehenen Zwecken dient<sup>24</sup>. Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten bedarf dieser Eingriff einer eigenständigen Rechtfertigung. Das heißt vor allem, dass der mit der Vorratsspeicherung zu erzielende Nutzen für den Rechtsgüterschutz in einem angemessenen Verhältnis zum Umfang und der Tiefe des mit der Vorratsspeicherung verbundenen Eingriffs in die vor allem durch das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung und das Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG) geschützten Grundrechtspositionen der betroffenen Personen stehen muss. Bei dieser für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der **Vorratsdatenspeicherung** entscheidenden Verhältnismäßigkeitsprüfung muss in Rechnung gestellt werden, dass es sich bei ihr um eine heimliche Maßnahme von hoher Eingriffsintensität handelt. Weil heute nahezu jeder an der elektronischen Kommunikation teilnimmt und dabei eine Vielzahl von Datenspuren, wie Rufnummern, Rufum- und -weiterleitungen, Namen, Anschriften, Benutzerkennungen, Internetprotokolladressen, Kalenderdaten, Uhrzeit und Dauer der Kommunikation sowie Daten zum Standort der Nutzer usw. erzeugt, ist von der Eingriffswirkung der **Vorratsdatenspeicherung** auch fast jeder Mensch unmittelbar betroffen<sup>25</sup>. Mit Hilfe der vielfältigen auf Vorrat gespeicherten Daten sind die Sicherheitsbehörden in der Lage, Persönlichkeits-, Verhaltens- und Bewegungsprofile jedes einzelnen Kommunikationsteilnehmers zu erstellen<sup>26</sup>. Auch handelt es sich bei den auf Vorrat gespeicherten Daten um solche, die dem Herrschaftsbereich des Kommunikationsteilnehmers entzogen sind.

Hinzu kommt, dass es sich bei der **Vorratsdatenspeicherung** um eine verdachtslose Maßnahme, also um eine Maßnahme handelt, in deren Wirkungsbereich nicht nur zahlreiche, sondern fast ausschließlich solche Personen einbezogen sind, die in keiner Beziehung zu einem konkreten Fehlverhalten stehen und die den Eingriff in ihre Grundrechte durch ihr Verhalten in keiner Weise veranlasst haben<sup>27</sup>. Die mit Hilfe der **Vorratsdatenspeicherung** abzuwehrenden Bedrohungen oder Gefahren für die Sicherheit spezieller oder allgemeiner Rechtsgüter sind weder konkretisierbar, noch können Wahrscheinlichkeiten für deren tatsächliches Eintreffen angegeben werden<sup>28</sup>. Das heißt, dass der Verwendungszweck der gespeicherten Daten weder bereichsspezifisch noch präzise bestimmbar ist<sup>29</sup>. Auch ist die Anonymität der von der **Vorratsdatenspeicherung** betroffenen Personen nicht gewahrt, weil die **Vorratsdatenspeicherung** gerade darauf zielt, gegebenenfalls die Personen zu identifizieren, die durch besondere oder als besonders angesehene Datenspuren ins Blickfeld der Sicherheitsbehörden geraten<sup>30</sup>.

Mit all diesen Merkmalen droht die **Vorratsdatenspeicherung** jene Grenze zu überschreiten, die das *BVerfG* in seiner einschlägigen Rechtsprechung als absolute Grenze für die Zulässigkeit eines strafrechtlich motivierten Instruments der inneren Sicherheit benannt hat. Als Grenze, die selbst dann nicht überschritten werden darf, wenn mit der Maßnahme der Schutz vor schwerwiegenden Beeinträchtigungen des Allgemeinwohls oder wichtigster Rechtsgüter bezweckt wird. So betont das *BVerfG* z.B. „Der Zwang zur Angabe personenbezogener Daten setzt

voraus, dass der Gesetzgeber den Verwendungszweck bereichsspezifisch und präzise bestimmt und dass die Angaben für diesen Zweck geeignet und erforderlich sind. Damit wäre die Sammlung nicht anonymisierter Daten auf Vorrat zu unbestimmten oder noch nicht bestimmbar Zwecken nicht zu vereinbaren<sup>31</sup>, oder: „Verzichtet der Gesetzgeber auf begrenzende Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Gefahreneintritts sowie an die Nähe der Betroffenen zur abzuwehrenden Bedrohung und sieht er gleichwohl eine Befugnis zu Eingriffen von erheblichem Gewicht vor, genügt dies dem Verfassungsrecht nicht<sup>32</sup>.

Der hohen Eingriffsintensität der Vorratspeicherung von Telekommunikationsdaten steht in der Verhältnismäßigkeitsprüfung ihr eher geringer Nutzen gegenüber. Die **Vorratsdatenspeicherung** ist ihrer technischen Eigenart nach vergangenheitsbezogen und daher, wenn überhaupt, primär der Aufklärung begangener Straftaten dienlich. Von einer generalpräventiven Wirkung kann nicht ausgegangen werden. Es ist nicht damit zu rechnen, dass das Instrument potenzielle Straftäter von der Ausführung geplanter Straftaten abhalten wird. Allenfalls ist damit zu rechnen, dass die **Vorratsdatenspeicherung** in nur sehr wenigen und nur wenig bedeutsamen Einzelfällen der Aufklärung von Straftaten und dem präventiven Rechtsgüterschutz nützlich sein kann.

Damit stellt sich die Frage, ob die **Vorratsdatenspeicherung** wegen ihrer starken Neigung zur Unverhältnismäßigkeit überhaupt grundgesetzkonform eingeführt werden kann. Eine Frage, die auf dem Hintergrund der einschlägigen Rechtsprechung des *BVerfG* eher zu verneinen als zu bejahen ist. Eine Frage aber auch, zu deren näheren Untersuchung abzuwarten bleibt, wie die Bundesregierung bei der Umsetzung der von ihr mitbeschlossenen europäischen Richtlinie die verfassungsmäßigen Voraussetzungen zur Legalisierung des Instruments gesetzlich zu erfüllen gedenkt.

## V. Vorratspeicherung und Europäisches Vertragsrecht

Hinsichtlich der Bedeutung und des Schutzes der Grundrechte im Rahmen der vorgesehenen **Vorratsdatenspeicherung** sind in der europarechtlichen Diskussion vor allem unter Bezugnahme auf die einschlägigen Bestimmungen der Europäischen Menschenrechtskonvention weitgehend die gleichen Argumente und Bedenken wie in der deutschen Diskussion vorgebracht worden. Einen besonderen Anlass zur kritischen Würdigung des europarechtlichen Vorhabens ergibt sich aber daraus, dass die Frage, ob die **Vorratsdatenspeicherung** vertragskonform im Gemeinschaftsrecht (1. Säule) oder im Unionsrecht (3. Säule) geregelt werden muss, strittig und wegen der diesbezüglich anhängigen Klagen beim *EuGH* noch offen ist. Dazu vertritt die Kommission die Ansicht, dass die Kommunikationsdaten von den Dienst Anbietern im Rahmen einer in den Gemeinschaftsbereich fallenden Tätigkeit erhoben und gespeichert werden, so dass gesetzgeberische Maßnahmen, die der Angleichung der diesbezüglich in den Mitgliedstaaten geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften dienen, zur Gewährleistung des freien Datenverkehrs geboten sind und diese ebenso im Gemeinschaftsrecht gem. Art. 95 EGV ihre Ermächtigungsgrundlage finden<sup>33</sup>.

In dieser Rechtsauffassung sieht sich die Kommission durch das Urteil des *EuGH* vom 13. 9. 2005 bestätigt, das dem Kommissionsantrag entsprochen hatte, den Rahmenbeschluss des Rates 2003/80/JI vom 27. 1. 2003 über die Angleichung strafrechtlicher Normen der Mitgliedstaaten zum Schutze der Umwelt wegen der rechtswidrig nicht dem Vertrag über die Europäische Gemeinschaft, sondern dem Unionsvertrag entnommene Ermächtigungsgrundlage nach Art. 34 EUV für nichtig zu erklären. In diesem Urteil stellt der *Gerichtshof* fest, dass zwar das Straf- und Strafprozessrecht grundsätzlich nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft falle, dies „den Gemeinschaftsgesetzgeber jedoch nicht daran hindern könne, Maßnahmen in Bezug auf das Strafrecht zu ergreifen, die seiner Meinung nach erforderlich sind, um die volle Wirksamkeit

der von ihm zum Schutze der Umwelt erlassenen Rechtsnormen zu gewährleisten, wenn die Anwendung wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Sanktionen durch die nationalen Behörden eine zur Bekämpfung schwerer Beeinträchtigungen der Umwelt unerlässliche Maßnahme darstellt“<sup>34</sup>.

Auch das Europäische Parlament vertritt den Standpunkt, dass gesetzliche Maßnahmen zur **Vorratsdatenspeicherung** in die Kompetenz des Gemeinschaftsgesetzgebers fallen und der vom Rat ursprünglich vorgesehene auf Art. 34 EUV gegründete Rahmenbeschluss mit europäischem Vertragsrecht unvereinbar sei<sup>35</sup>. Der Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments, auf dessen Stellungnahme<sup>36</sup> sich das Europäische Parlament stützt, stellt fest, dass sich der vom Rat der EU vorgelegte Rahmenbeschluss ausdrücklich auf die durch Art. 95 EGV verankerte Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (Richtlinie 2002/58/EG) beziehe, die zum gemeinschaftlichen Besitzstand gehöre, der gem. Art. 47 EUV durch unionsrechtlich gestützte Rechtsakte nicht angetastet werden darf. Da aber in dieser Datenschutzrichtlinie bereits die Harmonisierung der Arten von Daten, die von den Dienst Anbietern aufzubewahren sind, sowie die Dauer ihrer Speicherung festgelegt seien, würde die im Rahmenbeschluss vorgesehene Änderung der Aufbewahrungsfristen den gemeinschaftlichen Besitzstand berühren und damit gegen die Bestimmungen des Art.



47 EUV verstoßen. Daraus folge, dass ein Rechtsakt zur Harmonisierung der hinsichtlich der Dauer der Speicherung von Telekommunikationsdaten in den Mitgliedstaaten geltenden Rechtsvorschriften einer gemeinschaftsrechtlichen Ermächtigung nach Art. 95 EGV bedürfe.

Dem steht jedoch das am 30. 5. 2006 ergangene Urteil des *EuGH* zur Rechtmäßigkeit des mit den USA vom Gemeinschaftsgesetzgeber geschlossenen Abkommens über die Erhebung und Weitergabe von Fluggastdaten entgegen<sup>37</sup>. In diesem Urteil stellt der *Gerichtshof* fest, dass die Übermittlung von Flugpassagierdaten an amerikanische Behörden eine Datenverarbeitung darstelle, die die öffentliche Sicherheit und die Tätigkeiten des Staates im strafrechtlichen Bereich betreffe<sup>38</sup>. Zwar treffe es zu, dass die Daten von den Fluggesellschaften ursprünglich im Rahmen einer unter das Gemeinschaftsrecht fallenden Tätigkeit erhoben worden sind, nämlich im Rahmen des Verkaufs von Flugtickets, der zu einer Dienstleistung berechtige. Die Verarbeitung, das heißt, die Weitergabe dieser Daten an Behörden der USA sei jedoch zur Erbringung dieser Dienstleistung nicht erforderlich, sondern diene dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und der Strafverfolgung. Daraus folge, dass das Gemeinschaftsrecht, also der Art. 95 EGV, die Vereinbarung mit den Vereinigten Staaten nicht begründen könne. Der entsprechende Beschluss 2004/496 über das Abkommen konnte folglich nicht rechtsgültig auf der Grundlage von Art. 95 EGV erlassen werden und ist daher nichtig<sup>39</sup>.

Dieses wie auch das oben erwähnte Urteil zum Umweltschutz lassen die Interpretation zu, dass der *EuGH* seine Entscheidungen über die Zugehörigkeit eines Rechtsaktes zum Gemeinschafts- oder Unionsrecht strikt vom Zweck oder Hauptzweck der in dem Rechtsakt legalisierten Maßnahmen abhängig macht. Wenn, wie in der oben genannten „Umweltschutzentscheidung“ die Harmonisierung strafrechtlicher Normen der Mitgliedstaaten zum Zwecke der Durchsetzung gemeinschaftsrechtlich festgeschriebener Ziele (wie der Verstärkung des Umweltschutzes) dienen, dann bedarf auch der Rechtsakt trotz seines strafrechtlichen Charakters einer gemeinschaftsrechtlichen Begründung. Wenn, wie im Falle des „Flugpassagierdatenurteils“, ein Rechtsakt dem Strafrecht zugehörige Maßnahmen legalisiert, die nicht der Durchsetzung gemeinschaftsrechtlich geregelter Bereiche dienen, dann kann die Ermächtigungsgrundlage für diesen Rechtsakt auch nicht dem Gemeinschaftsrecht, sondern muss dem Unionsrecht entnommen werden.

Die danach deutliche, strikt am Zweck des Rechtsakts orientierte Entscheidung über die Wahl vertragsrechtskonformer Ermächtigungsgrundlagen mag die Europäische Kommission veranlasst haben, in der Begründung ihres Entwurfs einer auf Art. 95 EGV gestützten Richtlinie zur **Vorratsdatenspeicherung** binnenmarktpolitische gegenüber sicherheitspolitischen Erwägungen in den Vordergrund zu stellen. Obwohl evidenterweise die Speicherung von Telekommunikationsdaten über den betrieblich notwendigen Zeitraum hinaus Strafverfolgungszwecken dienen soll, betont die Kommission ohne sachlich nähere Erläuterung in bemerkenswert tautologischer Weise, dass bezüglich der **Vorratsdatenspeicherung** in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Vorschriften den Binnenmarkt für elektronische Kommunikationsdienste behindern, „da die Dienstanbieter mit unterschiedlichen Anforderungen sowohl an die Art der auf Vorrat zu speichernden Daten als auch an die für die Vorratsspeicherung geltenden Bedingungen konfrontiert sind“<sup>40</sup>.

Sollte die Kommission, was zu vermuten ist, die als Folge unterschiedlicher nationaler Regelungen zur Datenspeicherung verschieden hohen Kostenbelastungen der Dienstanbieter als „Behinderung“ des Binnenmarkts begreifen, dann ließe sich das darin gesehene europarechtliche Harmonisierungserfordernis auf vieles mehr, z.B. auf alle nationalen Gebührenhaushalte und auf das gesamte nationale Steuerrecht übertragen, das die in Europa tätigen Unternehmen in weitaus höherem Maße unterschiedlich belastet.

Doch selbst wenn man dem Argument der Behinderung des Binnenmarkts beipflichtet, stellt sich die Frage, ob die demzufolge notwendige europarechtliche Harmonisierung der nationalen Vorschriften zur **Vorratsdatenspeicherung** mit der in der vom Europäischen Parlament und dem Rat verabschiedeten Fassung der Richtlinie über die **Vorratsdatenspeicherung** überhaupt in einem nennenswerten Maße erreicht wird. Denn die in der Richtlinie den Mitgliedstaaten eröffnete Möglichkeit, Speicherfristen zwischen 6 und 24 Monaten und - „wenn dadurch das Funktionieren des Binnenmarkts nicht behindert wird“ - auch noch längere Speicherfristen verbindlich vorzuschreiben<sup>41</sup>, ändert den derzeitigen unharmonisierten Zustand allenfalls nur marginal<sup>42</sup>. Von Harmonisierung kann jedenfalls nicht gesprochen werden. Und so spricht vieles dafür, dass der im Zuge der Beratungen vorgenommene Wechsel von dem unionsrechtlich verankerten Rahmenbeschluss zur nun gemeinschaftsrechtlich verankerten Richtlinie mehr mit der beim Erlass von Rahmenbeschlüssen

geforderten Einstimmigkeit, als mit der Suche nach einer vertragsrechtskonformen Ermächtigungsgrundlage zu tun hat. Dafür spricht auch, dass die Richtlinie über die **Vorratsdatenspeicherung** im Rat gegen die Stimmen der Slowakei und Dänemarks verabschiedet wurde und dass die Mitgliedstaaten Irland<sup>43</sup> und Slowakei beim *EuGH* wegen der ihrer Ansicht nach vertragsrechtswidrig gewählten Rechtsgrundlage Klage erhoben haben (Rechtssache C-301/06: Irland gegen den Rat der Europäischen Union und das Europäische Parlament [OJ L 105, S. 54]). Die Kläger vertreten damit einen Standpunkt, der ausweislich der Beschlüsse vom 26. 1. 2005 und

vom 7. 2. 2006 auch vom Deutschen Bundestag eingenommen wurde. Dies hat die Bundesregierung jedoch nicht davon abgehalten, der auf europäischem Gemeinschaftsrecht gegründeten Richtlinie im Rat der EU zuzustimmen<sup>44</sup>.

## VI. Fazit

Es spricht vieles dafür, dass eine grundgesetzkonforme Umsetzung der Richtlinie über die **Vorratsdatenspeicherung** in deutsches Recht nicht gelingen kann. Der mit der **Vorratsdatenspeicherung** verbundene Eingriff in die Grundrechte fast aller Bürger ist zu tief und zu intensiv, als dass er von dem eher beschränkten Nutzen für den mit ihm bezweckten Rechtsgüterschutz aufgewogen werden könnte.

Mit Blick auf die Rechtsprechung des *BVerfG*, besonders seiner Entscheidungen Solange II<sup>45</sup>, Maastricht<sup>46</sup> und zur Bananenmarktordnung<sup>47</sup> ist allerdings die Frage offen, ob die nationalen Rechtsakte, die mit der Umsetzung der Richtlinie über die **Vorratsdatenspeicherung** erlassen werden müssen, jemals einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung zugeführt werden können. Es ist nicht auszuschließen, dass das *BVerfG* dem von der Bundesregierung provozierten Verfassungskonflikt dadurch ausweichen wird, dass es gegen die **Vorratsdatenspeicherung** erhobene Verfassungsbeschwerden als unzulässig erklären und nicht zur Entscheidung annehmen wird. Denn in der Verfassungsgerichtsentscheidung zur europäischen Bananenmarktordnung heißt es ausdrücklich, dass „Verfassungsbeschwerden (...), die eine Verletzung von Grundrechten des Grundgesetzes durch sekundäres Gemeinschaftsrecht geltend machen, von vorneherein unzulässig (sind), wenn ihre Begründung nicht darlegt, dass die europäische Rechtsentwicklung einschließlich der Rechtsprechung des *EuGH* nach Ergehen der Solange II-Entscheidung unter den erforderlichen Grundrechtsstandard abgesunken ist“<sup>48</sup>.

So bleibt zu hoffen, dass die vor dem *EuGH* gegen den Rat und die Kommission wegen mangelnder Rechtsetzungskompetenz gerichtete Klage Irlands erfolgreich sein wird. Auf europäischer Ebene müssten die Verhandlungen dann erneut mit dem Ziel aufgenommen werden, einen auf Art. 34 EUV gestützten Rahmenbeschluss über die **Vorratsdatenspeicherung** herbeizuführen. Verhandlungen, die vermutlich wegen der dann im Rat der EU geforderten Einstimmigkeit scheitern würden, was unter dem Gesichtspunkt des Grundrechtsschutzes nur zu begrüßen wäre.

---

\* Die Autorin ist Rechtsanwältin und seit 1990 Mitglied des Deutschen Bundestages (FDP). In der Regierung *Helmut Kohl* war sie von 1992 bis 1996 Bundesministerin der Justiz.

<sup>1</sup> RL 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der RL 2002/58/EG v. 15. 3. 2006, ABLEG Nr. L, 105/54.

<sup>2</sup> Ratsdok. SN 3926/6/01 REV 6, Conclusions adopted by the Council (Justice and Home Affairs), Schlussfolgerung Nr. 4, 20. 9. 2001.

<sup>3</sup> Ratsdok. 15691/02, 2477th Council meeting (Justice and Home Affairs), Schlussfolgerung Nr. 5 des Kapitels Informationstechnologien und die Aufklärung sowie Ahndung organisierter Kriminalität, 19. 12. 2002.

<sup>4</sup> Vgl. Erklärung zum Kampf gegen den Terrorismus, 25. 3. 2004.

<sup>5</sup> Ratsdok. 8958/04, Entwurf eines Rahmenbeschlusses über die Vorratsspeicherung von Daten, v. 28. 4. 2004.

<sup>6</sup> Diese Entscheidung der niederländischen Ratspräsidentschaft wurde von der Bundesregierung unter Hinweis auf die mit dem Entwurf verbundenen grundrechtlichen und datenschutzrechtlichen Probleme begrüßt. Vgl. Pressemitteilung des BMJ v. 18. 11. 2004.

<sup>7</sup> Ratsdok. 10255/1/05 REV 1, Presidency Conclusions on the Brussels European Council, Concl. 2, 15. 7. 2005.

<sup>8</sup> KOM(2005) 438 endg.: Vorschlag für eine Richtlinie über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlicher elektronischer Kommunikationsdienste verarbeitet werden, und zur Änderung der RL 2002/58/EG v. 21. 9. 2005.

<sup>9</sup> KOM(2005) 438 endg., Art. 7.

<sup>10</sup> RL 2006/24/EG.

<sup>11</sup> RL 2006/24/EG, Art. 6.

<sup>12</sup> Bundesratsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Ermittlungsmaßnahmen wegen des Verdachts sexuellen Missbrauchs von Kindern und der Vollstreckung freiheitsentziehender Maßnahmen. Abgedruckt als Anlage 1 der BT-Dr 14/9801 v. 17. 7. 2002.

13 BT-Dr 14/9801 v. 17. 7. 2002.

14 BR-Dr 755/03B v. 19. 12. 2003, Beschl. zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes, besonders des § 94 TKG.

15 BR-Dr 406/1/04 v. 13. 9. 2004.

16 BT-Dr 15/4597 v. 22. 12. 2004.

17 BT-Dr 15/4748 v. 26. 1. 2005.

18 BR-Dr 723/05 v. 25. 11. 2005.

19 BT-Dr 16/545 v. 7. 2. 2006.

20 Vgl. BT-Dr 15/3901 v. 8. 10. 2004, Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion der FDP (Dr 15/3773), S. 2.

21 Vgl. z.B. BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419 und BVerfGE 103, 21 (33) = NJW 2001, 879.

22 Vgl. z.B. BVerfGE 85, 386 (398) = NJW 1992, 1875 und BVerfG 100, 313 (366) = NJW 2000, 55.

23 So auch *Breyer*, Die systematische Aufzeichnung und Vorhaltung von Telekommunikations-Verkehrsdaten für staatliche Zwecke in Deutschland, 2005, S. 89.

24 So auch *Breyer* (o. Fußn. 23), S. 92.

25 Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 23. 5. 2006 - 1 BvR 518/02, Rdnr. 123.

26 Vgl. *BVerfG*, NJW 2006, 976, Rdnrn. 90, 91.

27 Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 23. 5. 2006 - 1 BvR 518/02, Rdnr. 117.

28 Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 23. 5. 2006 - 1 BvR 518/02, Rdnrn. 136-138.

29 Vgl. BVerfGE 65, 1 (47) = NJW 1984, 419.

30 Vgl. dazu BVerfGE, Urt. v. 23. 5. 2006 - 1 BvR 518/02, Rdnr. 115.

31 BVerfGE 65, 1 (47) = NJW 1984, 419.

32 *BVerfG*, Urt. v. 23. 5. 2006 - 1 BvR 518/02, Rdnr. 137.

33 Vgl. KOM(2005) 438 endg., S. 8.

34 Vgl. hierzu: KOM(2005) 538 endg./2, Mitt. der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Folgen des Urteils des *Gerichtshofs* v. 13. 9. 2005 (Rs. C-176/03), S. 2, 24. 11. 2005.

35 Plenarsitzungsdokument des Europäischen Parlaments Nr. A6-0174/ 2005 endg. v. 31. 5. 2005, S. 7.

36 Plenarsitzungsdokument (o. Fußn. 35), Anlage: Stellungnahme des Rechtsausschusses zur Rechtsgrundlage des Rahmenbeschlussentwurfs zur **Vorratsdatenspeicherung**.

37 *EuGH*, NJW 2006, 2029.

38 *EuGH*, NJW 2006, 2029, Rdnr. 56.

39 *EuGH*, NJW 2006, 2029 Rdnrn. 57, 67ff.

40 KOM(2005) 438 endg., S. 2.

41 RL 2006/24 EG, Art. 12 I und II.

42 Es ist gewiss kein Zufall, dass der Kommissionsentwurf den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Aufbewahrungsfristen keine Wahlmöglichkeiten belassen hat. Ihm zufolge hätten alle Internetdaten sechs Monate und alle anderen Daten ein Jahr lang gespeichert werden müssen. Diese für alle Mitgliedstaaten einheitliche Festlegung der Speicherfristen ist aus dem von der Kommission eingenommenen Standpunkt einer primären Binnenmarktorientierung der Richtlinie schlüssig aber auch notwendig. Durch die diesbezügliche Änderung des Kommissionsentwurfs haben der Rat und das Parlament das von der Kommission sorgsam aufgebaute Argument für eine gemeinschaftsrechtliche Verankerung der Regelungen zur **Vorratsdatenspeicherung** geschwächt, wenn nicht zu Nichte gemacht.

43 Rechtssache C-301/06: Irland gegen den Rat der Europäischen Union und das Europäische Parlament (OJ L 105, S. 54).

<sup>44</sup> Vgl. BT-Dr 15/4748, Beschluss des Deutschen Bundestages zum Entwurf des Rahmenbeschlusses zur **Vorratsdatenspeicherung** v. 26. 1. 2005. Dort heißt es u.a. „Der Deutsche Bundestag geht dabei davon aus, dass derartige Rechtsvorschriften ihre Rechtsgrundlage im Bereich der ‚dritten Säule‘ finden würden.“ Vgl. BT-Dr 16/545, Beschl. des Deutschen Bundestages zum Antrag der Fraktionen von CDU/CSU und SPD „Speicherung mit Augenmaß - Effektive Strafverfolgung und Grundrechtswahrung“ v. 7. 2. 2006. Dort heißt es u.a.: „Der Deutsche Bundestag hat in seiner Stellungnahme vom Januar 2005 deutlich gemacht, dass er die Rechtsgrundlage für eine Regelung zur **Vorratsdatenspeicherung** in einem Rahmenbeschluss und damit in der ‚Dritten Säule‘ sieht. Dass sich die nun geplante Maßnahme auf Art. 95 EGV, d.h. auf die ‚Erste Säule‘ stützt, begegnet Bedenken.“

<sup>45</sup> BVerfGE, NJW 1987, 577.

<sup>46</sup> BVerfGE, NJW 1993, 3047.

<sup>47</sup> BVerfGE, NJW 2000, 3124.

<sup>48</sup> BVerfGE, NJW 2000, 3124.