
Zur angestrebten Reform der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie

– Lehren aus dem EuGH-Urteil in der Rechtssache C-301/06 sowie dem Regelungsgehalt der zugrunde liegenden Richtlinie –

Sebastian Zeitmann*

Inhalt

A. Einleitung	434
B. Die Entwicklung der Vorratsdatenspeicherung in der EU	437
I. Entstehungsgeschichte der Richtlinie 2006/24/EG	437
II. Rechtssache C-301/06 vor dem EuGH	440
III. Bewertungsbericht der Kommission	448
C. Vorschriften über die Binnenmarktharmonisierung als korrekte Rechtsgrundlage für die Vorratsdatenspeicherung?	450
I. Vorbetrachtung und Prüfungsmaßstab	450
II. Voraussetzung der Anwendbarkeit von Art. 95 EGV	451
III. Ziel und Inhalt der Richtlinie 2006/24/EG	453
1. Einführung der Vorratsdatenspeicherung	453
a) Subjektive Zielsetzung des Gemeinschaftsgesetzgebers	453
b) Tatsächlicher objektiver Binnenmarktbezug	461
c) Zweck der Harmonisierungsmaßnahme	465
(1) Speicherungsfristen	466
(2) Zugriffsberechtigte Behörden, Zugangsvoraussetzungen	467
(3) „Schwere Straftaten“ als Auslöser eines Zugriffs	468
(4) Kostentragungslast der Telekommunikationsunternehmen	469
(5) Weitere Unstimmigkeiten	470

* Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Europarecht und Europäisches öffentliches Recht von Prof. Dr. Torsten Stein am Europa-Institut der Universität des Saarlandes und Lehrbeauftragter für Europarecht und Europäische Integration an der Universität des Saarlandes sowie am Europa-Institut.

d) Konklusion: Keine Vereinbarkeit der Richtlinie mit Art. 95 EGV hinsichtlich ihres Ziels und Inhalts, die Vorratsdatenspeicherung einzuführen	472
2. Ziel und Inhalt hinsichtlich der Änderung der Richtlinie 2002/58/EG	473
3. Zusammenfassendes Ergebnis	474
D. Existenz einer Rechtsgrundlage für die Vorratsdatenspeicherung im EUV	474
I. Hauptargumentation des Generalanwalts und des EuGH	475
II. Verwerfung dieser Argumentation des Generalanwalts und des EuGH	475
1. Übernahme genuin staatlicher Aufgaben durch Diensteanbieter	475
2. Art. 4 und 8 Richtlinie 2006/24/EG	477
3. Zwischenergebnis, konkrete Rechtsgrundlage im EUV	477
4. Kein anderes Ergebnis wegen formaler Trennung zwischen Datenerhebung und -verwertung	478
5. Kein anderes Ergebnis wegen vorgeblicher Unterschiede zur „Fluggastdaten“-Entscheidung des EuGH	479
III. Ergebnis	480
E. Gesamtwürdigung und Ausblick	480

A. Einleitung

Selten hat ein Rechtsakt aus Brüssel – aus verschiedenen Gründen¹ – eine derart negative Rezeption erfahren wie die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie 2006/24/EG.² Es

¹ Neben der Problematik der richtigen Rechtsgrundlage, welche diesem Beitrag zentral zugrunde liegt, stieß die RL 2006/24/EG vor allem wegen ihrer angeblichen Unvereinbarkeit mit europäischen wie mitgliedstaatlichen Grundrechten auf scharfe Ablehnung.

² RL 2006/24/EG des EP und des Rates vom 15.3.2006 über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG, ABl. L 105 v. 13.4.2006, S. 54. Die RL wurde bezeichnet u.a. als „Spitzelrichtlinie“, vgl. *Otto/Seitlinger*, Die „Spitzelrichtlinie“: Zur (Umsetzungs)Problematik der Data Retention Richtlinie 2006/24/EG, *mur* 2006, S. 227; bzw. als „classical example [...] for unpalatable legislation“, *Murphy*, Fundamental Rights and Security, The Difficult Place of the European Judiciary, 2009, S. 10.

ist in der wissenschaftlichen Debatte nicht ein Beitrag ersichtlich, welcher der Richtlinie vollständig bejahend gegenüber steht.³ Vor allem die Frage, ob sie auf der korrekten Rechtsgrundlage erlassen worden ist, ist allgemein zweifelnd und kritisch aufgenommen oder konsequent verneint worden.⁴ Entsprechend fielen die in der Diskussion – nicht zuletzt indirekt an den Europäischen Gerichtshof adressierten – Kommentare aus, welche die Hoffnung auf einen Erfolg der irischen Klage gegen die Richtlinie vor dem Gerichtshof⁵ ausdrückten,⁶ diesen Erfolg bereits vorwegnahmen⁷ oder gar eine Empfehlung bzw. Aufforderung zur Nichtigkeitsklage der Richtlinie durch den EuGH⁸ beinhalteten. Trotz der eindeutigen wissenschaftlichen Meinung kam das mit Spannung erwartete, dem akademischen Konsens inhaltlich entgegenstehende Urteil des EuGH vom 10. Februar 2009 schlussendlich wenig überraschend: Der Gerichtshof hatte sich in der Sache den Schlussanträgen des Generalanwalts *Bot* vom 14. Oktober 2008 angeschlossen, nach denen die Richtlinie auf einer geeigneten Rechtsgrundlage erlassen worden war.⁹ Das Urteil hat dementsprechend, wie auch vorher bereits die

³ Als ein „*largely positive rights experience*“ bewertet allerdings – aus US-amerikanischer Sichtweise – *Bignami*, Protecting Privacy against the Police in the European Union: The Data Retention Directive, CJIL 2007, S. 234, die RL, allerdings kaum auf die kritischen Beiträge der in Europa geführten Diskussion eingehend und wenig überzeugend. Die Gegenansicht zur Argumentation *Bignamis* vertrat gerade die Slowakei als Streithelferin Irlands im Verfahren in der Rs. C-301/06 vor dem EuGH, siehe *Gundel*, Vorratsdatenspeicherung und Binnenmarktkompetenz: Die ungebrochene Anziehungskraft des Art. 95 EGV, EuR 2009, S. 541.

⁴ Verwiesen sei an dieser Stelle nur auf die Kommentierung von *Graulich*, in: Arndt/Fetzer/Scherer (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, 2008, § 113a, Rdnrn. 2, 4 f.; sowie die beispielhafte Aufzählung in BVerfG, Az. 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08, Urteil v. 2.3.2010, Rdnr. 82. *Gietl*, Die Einführung der Vorratsdatenspeicherung, K&R 2007, S. 545, sieht eine einhellige Literaturansicht der Europarechtswidrigkeit der RL wegen Kompetenzverstößen. *Rustenberg*, Die EG-Richtlinie zur Vorratsspeicherung von Verkehrsdaten im System des europäischen Grund- und Menschenrechtsschutzes, VBIBW 2007, S. 174, allerdings scheint zumindest die Möglichkeit der Wahl der Rechtsgrundlage als korrekt nicht von vornherein auszuschließen. *Ronellenfitsch*, Datennotwehr, DuD 2008, S. 115 f., bezeichnet die Erfolgsaussichten der Klage gegen die RL als „[n]icht so eindeutig“, was allerdings wohl eher der Tatsache geschuldet sein dürfte, dass sich „[d]ie Vorratsdatenspeicherung [...] nicht vermeiden lassen wird“. Das BVerfG selbst hat in seinem Beschluss vom 11.3.2008 die Klage gegen die RL als „nicht von vornherein aussichtslos“ bezeichnet, BVerfG, Az. 1 BvR 256/08, Rdnr. 137.

⁵ EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593.

⁶ Vgl. anstelle vieler *Leutheusser-Schnarrenberger*, Vorratsdatenspeicherung – Ein vorprogrammierter Verfassungskonflikt, ZRP 2007, S. 13.

⁷ Vgl. anstelle vieler *Breyer*, Rechtsprobleme der Richtlinie 2006/24/EG zur Vorratsdatenspeicherung und ihrer Umsetzung in Deutschland, StV 2007, S. 215 f.

⁸ So neben anderen *Gitter/Schnabel*, Die Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung und ihre Umsetzung in nationales Recht, MMR 2007, S. 413.

⁹ Siehe die EuGH-Pressmitteilung Nr. 70/08 v. 14.10.2008.

Schlussanträge,¹⁰ eine äußerst ablehnende Rezeption in der Wissenschaft erfahren,¹¹ welche jedoch keineswegs einhellig ausgefallen ist.¹²

Spätestens mit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 2. März 2010 bezüglich der Vorratsdatenspeicherung in Deutschland¹³ ist die Thematik erneut in die wissenschaftliche und politische Agenda aufgenommen worden. Der Warnschuss des Bundesverfassungsgerichts, welches die konkrete Ausgestaltung der Vorratsdatenspeicherung in Deutschland als nicht verfassungsgemäß verworfen hat, ist bis hin nach Brüssel zur für das Ressort Justiz verantwortlichen Kommissarin *Reding* zu hören gewesen.¹⁴ Ein für September 2010 angekündigtes Positionspapier der Kommission mit einer Auswertung der Erfahrungen der Vorratsdatenspeicherung liegt nunmehr mit 7-monatiger Verspätung seit dem 18. April 2011 in Form eines Bewertungsberichts vor.¹⁵ Überraschenderweise ist die Zuständigkeit für die Richtlinie, was für vorliegenden Beitrag von einiger Relevanz ist, nunmehr auf die Kommissarin für Inneres *Malmström* übergegangen.¹⁶

¹⁰ *Giel/Tomasic*, Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft zur Einführung der Vorratsdatenspeicherung, DuD 2008, S. 800.

¹¹ Anstelle vieler *Konstantinides*, Wavering between centres of gravity: Comment on Ireland v Parliament and Council, E.L.Rev. 2010, S. 88 ff.; *Terbechte*, Rechtsangleichung zwischen Gemeinschafts- und Unionsrecht – die Richtlinie über die Vorratsdatenspeicherung vor dem EuGH, EuZW 2009, S. 199 ff.

¹² *Frenz*, Binnenmarktkompetenz – Harmonisierung für alles Mögliche?, DVBl. 2009, S. 374 f., begrüßt das Urteil als „konsequent“ und „schulmäßig“, setzt sich jedoch völlig unkritisch mit der Entscheidung auseinander. Zustimmend daneben *Gundel*, (Fn. 3), S. 536 ff. Kritisch, aber das Urteil im Ergebnis wohl nicht ablehnend *Herlin-Karnell*, Case Law Report Case C-301, Ireland v. Parliament and Council, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 10 February 2009, CMLR 2009, S. 1682.

¹³ BVerfG, Az. 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08, Urteil v. 2.3.2010.

¹⁴ Die Botschaft ist auch sehr wohl verstanden worden, wie die Aussagen von *Reding* in der Europäischen Rechtsakademie in Trier am 12.3.2010 belegen, vgl. SPEECH/10/89. *Reding* habe demnach „seinerzeit vor der europäischen Richtlinie gewarnt“, vgl. *Müller*, Mehr Rechte für Beschuldigte, FAZ v. 13.3.2010, S. 5.

¹⁵ KOM (2011) 225 endg.; vgl. IP/11/484 sowie MEMO/11/251. Der Europäische Datenschutzbeauftragte *Hustinx* hatte sich zuvor skeptisch über die Notwendigkeit der RL gezeigt, Pressemitteilung EDPS/10/17 v. 3.12.2010. Am 4.2.2010 sowie 29.7.2010 ergingen zwei Urteile des EuGH gegen Schweden (Rs. C-185/09) und Österreich (Rs. C-189/09), mit welchen eine Vertragsverletzung wegen Nichtumsetzung der RL festgestellt wurde. Gegen Luxemburg leitete die KOM im Juni 2010 ein entsprechendes Verfahren ein, siehe Pressemitteilung IP/10/677 v. 3.6.2010 (Rs. C-394/10), welches wegen zwischenzeitlicher Umsetzung der RL auf Antrag der KOM vom EuGH durch Erlass vom 17.11.2010 eingestellt wurde. Ein Verfahren gegen Schweden wegen Nichtbeachtung des EuGH-Urteils vom 4.2.2010 ist seit Mai 2011 beim EuGH anhängig (Rs. C-270/11). Österreich hat hingegen die RL mittlerweile mit Inkrafttreten in innerstaatlichem Recht zum 1.4.2012 umgesetzt, vgl. *Gebhartinger*, Österreich: Umstrittene Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung umgesetzt, MMR-Aktuell 2011, 318504.

¹⁶ Vgl. *Malmströms* Rede zu KOM (2011) 225 endg. v. 18.4.2011, SPEECH/11/280.

In der Bundesrepublik ist die Thematik unterdessen übergreifend weiterhin Gegenstand heftiger Debatten, wobei vor allem die Frage der generellen Erforderlichkeit einer solchen Speicherung oder anderer, milderer Maßnahmen, die Frage der Grundrechtskompatibilität der Vorratsdatenspeicherung sowie das von der Kommission eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland im Mittelpunkt stehen.¹⁷ Bundesjustizministerin *Leutheusser-Schnarrenberger* hat derweil am 10. Juni 2011 einen Gesetzentwurf vorgelegt, welcher anstelle einer grundsätzlichen Vorratsdatenspeicherung lediglich ein Einfrieren von Kommunikationsdaten in konkreten Verdachtsfällen vorsieht (sogenanntes „quick-freeze“-Verfahren).¹⁸

Vorliegender Beitrag soll weniger eine Analyse der Entwicklung in Deutschland als vielmehr der zugrunde liegenden Richtlinie 2006/24 EG unter Berücksichtigung des EuGH-Urteils vom 10. Februar 2009 und des Bewertungsberichts der Kommission vom 18. April 2011 vornehmen. Es soll aufgezeigt werden, warum die Kommission gut daran täte, die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie nicht zu überarbeiten, sondern diese vielmehr durch einen völlig neuen Rechtsakt zu ersetzen.

B. Die Entwicklung der Vorratsdatenspeicherung in der EU

I. Entstehungsgeschichte der Richtlinie 2006/24/EG

Bereits 1995 und 2002 hatten Europäisches Parlament und Rat mit den Richtlinien 95/46/EG (Datenschutzrichtlinie) sowie 2002/58/EG (elektronische-Kommunikation-Datenschutzrichtlinie) Sekundärrechtsakte bezüglich des Umgangs mit personenbezogenen Daten erlassen, welchen – will man die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie hinsichtlich der Wahl ihrer Rechtsgrundlage

¹⁷ Zuletzt hat sich der Deutsche Richterbund wiederholt für eine schnelle Regelung der Vorratsdatenspeicherung ausgesprochen, MMR-Aktuell 2011, 320110. Auch das Bundeskriminalamt hat sich vehement für die Datenspeicherung auf Vorrat ausgesprochen, becklink 1014946. Der Deutsche Anwaltsverein lehnt entsprechendes übereiltes Handeln ab, MMR-Aktuell 2011, 320112. Die Bundesrechtsanwaltskammer hat sich vollkommen gegen die Vorratsdatenspeicherung ausgesprochen, EuZW 2011, S. 534. Der Arbeitskreis Vorratsdatenspeicherung fordert die Bundesregierung trotz des eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahrens auf, die RL nicht umzusetzen, da dies vor dem Hintergrund der geplanten Überarbeitung der RL widersinnig sei, vgl. becklink 1014932. Der Wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestages hat in einem Gutachten die Vereinbarkeit der Vorratsdatenspeicherungs-RL mit der Europäischen Grundrechtecharta verneint, *Dersken*, Zur Vereinbarkeit der Richtlinie über die Vorratsspeicherung von Daten mit der Europäischen Grundrechtecharta, WD 11-3000-18/11.

¹⁸ MMR-Aktuell 2011, 319439; vgl. http://www.bmj.de/SharedDocs/Kurzmeldungen/DE/2011/20110610_Gesetzentwurf_Quick_Freeze.html (1.9.2011).

genauer betrachten – notwendigerweise Aufmerksamkeit entgegengebracht werden muss. Während die genannten Richtlinien jedoch die Ziele der Datenvermeidung sowie -löschung verfolgten, geht die Richtlinie 2006/24/EG diesbezüglich in eine völlig diametrale Richtung: Angestrebt wird die – wenngleich zeitlich limitierte – Speicherung von Telekommunikationsdaten.

Die Ursache dieses Paradigmenwechsels dürfte nicht zuletzt in den Terroranschlägen vom 11. September 2001 in New York, vom 11. März 2004 in Madrid sowie vom 7. Juli 2005 in London liegen.¹⁹ Auffällig ist jedenfalls die gehäufte Benennung des Zieles der Terrorismusbekämpfung bereits in den *travaux préparatoires*²⁰ als auch in den Erwägungsgründen der Richtlinie.²¹

Der ursprünglich von der Französischen Republik, Irland, dem Königreich Schweden und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland initiierte Entwurf eines Rahmenbeschlusses über die Vorratsdatenspeicherung²² vom 28. April 2004 erfolgte aufgrund der vom Europäischen Rat am 25. März 2004 angenommenen Erklärung zum Kampf gegen den Terrorismus.²³ Nachdem allerdings sowohl die juristischen Dienste der Kommission²⁴ als auch des Rates²⁵ sich gegen ein Instrument im Rahmen der dritten Säule aussprachen und zudem – wohl auch aufgrund dieser negativen Gutachten – ersichtlich war, dass ein Rahmenbeschluss im Rat an der erforderlichen Einstimmigkeit scheitern würde,²⁶ legte die Kommission am 21. September 2005 einen eigenen Vorschlag für eine im Rahmen der ersten Säule zu erlassende Richtlinie über die Vorratsdatenspeicherung²⁷ vor. Das Europäische Parlament hatte zudem aufgrund des ihm im Rahmen der drohenden

¹⁹ Vgl. dazu *Alvaro*, Die Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung, DANA 2006, S. 52. *Alvaro*, seit 2004 in der ALDE-Fraktion MdEP, gibt dort als zuständiger Berichterstatter des EP in der Sache einen Insider-Einblick in den Ablauf des Rechtsetzungsverfahrens zur Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie. Siehe auch *Vogel*, Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikationsverbindungen, in: Fs. Nehm, 2006, S. 84, „unter der Flagge der Terrorismusbekämpfung“.

²⁰ Siehe nur Rats-Dok. 8958/04, Betreff, S. 4; Rats-Dok. 10255/1/05, S. 5; KOM (2005) 438 endg., S. 1 f.; sowie SEC/2005/1131, S. 1 f.

²¹ Vgl. Erwägungsgründe 8-10.

²² Rats-Dok. 8958/04.

²³ Rats-Dok. 8958/04, Erwägungsgrund 4. Bzgl. früherer Initiativen des Rates der EU siehe *Vogel*, (Fn. 19), S. 84 f.

²⁴ SEC (2005) 420.

²⁵ Rats-Dok. 7688/05.

²⁶ Vgl. *Ambos*, Anmerkung zur Entscheidung des EuGH in der Rs. C-301/06, JZ 2009, S. 469; *Gietl*, Das Schicksal der Vorratsdatenspeicherung, DuD 2008, S. 317; *Terbechte*, (Fn. 11), S. 199.

²⁷ KOM (2005) 438 endg.

Sekundärrechtsetzung durch den Rat in der dritten Säule verwehrten Mitentscheidungsrechts²⁸ sowie aus inhaltlichen Bedenken²⁹ den Entwurf des Rahmenbeschlusses abgelehnt und den Rat aufgefordert, den Vorschlag zurückzuziehen, ohne dass der Rat allerdings dieser Aufforderung offiziell nachgekommen wäre.

Auch wenn der Rat den Entwurf eines Vorratsdatenspeicherungs-Rahmenbeschlusses nicht weiter verfolgte, stand dieser also doch im Laufe des Rechtssetzungsverfahrens der Richtlinie 2006/24/EG weiter im Raum – als Druckmittel des Rates gegenüber dem Parlament, notfalls unter Ausschluss europaparlamentarischer Beteiligung und verbunden mit dem Risiko einer entsprechenden Klage vor dem Gerichtshof, doch noch den Rahmenbeschluss durchzusetzen. Obwohl die dazu erforderliche Einstimmigkeit im Rat unwahrscheinlich erschien, konnte so eine – aus Sicht des Europäischen Parlaments – stetige „Drohkulisse“³⁰ aufrechterhalten werden, um Kommission und Parlament zur Zusammenarbeit mit dem Rat nach dessen Vorstellungen zu bewegen.³¹ Entsprechend konnte der Rat unter britischer Präsidentschaft eine Anpassung des Vorschlags der Kommission nach seinen Vorstellungen und die notwendige Zustimmung des Europäischen Parlaments in erster Lesung vom 14. Dezember 2005³² durchsetzen.³³ Ohne die Materie im Rat durch Innen- und Justizminister inhaltlich weiter zu behandeln, verabschiedete der Rat schließlich am 21. Februar 2006 unter österreichischer Präsidentschaft die Richtlinie gegen die Stimmen Irlands und der Slowakei.³⁴ Im Ergebnis war die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie der am schnellsten in einem Gesetzgebungsverfahren erlassene Rechtsakt in der Geschichte der Union.³⁵

²⁸ Während im Rahmen der ersten Säule die vorliegende RL im Verfahren der Mitentscheidung gem. Art. 251 EGV (nunmehr ordentliches Gesetzgebungsverfahren gem. Art. 294 AEUV) erlassen werden konnte, wäre innerhalb der dritten Säule das EP gem. Art. 29 ff. EUV (Nizza) ohne eigene rechtlich verbindliche Beteiligungsmöglichkeit bloßer Beobachter bzw. Kommentator des Geschehens gewesen.

²⁹ Das EP sah den Ratsentwurf als nicht verhältnismäßig an, vgl. *Alvaro*, (Fn. 19), S. 52.

³⁰ So *ibid.*

³¹ Vgl. *Simitis*, Der EuGH und die Vorratsdatenspeicherung oder die verfehlt Kehrtwende bei der Kompetenzregelung, NJW 2009, S. 1782.

³² Siehe EP-Dok. P6_TA(2005)0512 sowie P6_TC1-COD(2005)0182.

³³ Vgl. Rats-Dok. 15449/05; sowie *Alvaro*, (Fn. 19), S. 52 f., welcher die – die Arbeit des zuständigen Ausschusses im Parlament LIBE sowie dessen Votum vollständig ignorierende – Absprache zwischen EVP und SPE einerseits sowie dem Rat andererseits scharf kritisiert.

³⁴ Rats-Dok. 6598/06, S. 4 ff.

³⁵ *Alvaro*, (Fn. 19), S. 53.

Der Rat hat also keineswegs, wie Generalanwalt *Bot*³⁶ und der EuGH³⁷ in der Rechtssache C-301/06 lapidar feststellen, sich für eine Richtlinie anstelle eines Rahmenbeschlusses entschieden: Er hat vielmehr seine – vor allem im Bereich der Speicherdauer – geringfügig modifizierten Vorstellungen unter Zuhilfenahme von Kommission und Parlament auf einem derart eleganten Wege umgesetzt (welcher ihm ratsintern weder inhaltlich noch von der Geschwindigkeit her zu beschreiten möglich gewesen wäre), dass ohne Übertreibung festgehalten werden kann, dass der Rat vorliegend Kommission und Parlament als bloße Werkzeuge benutzt hat.³⁸

Das im Rat unterlegene Irland reichte am 6. Juli 2006 gegen die am 15. März desselben Jahres eingesetzte und am 13. April im Amtsblatt veröffentlichte Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie Nichtigkeitsklage zum EuGH gemäß Art. 230 EGV³⁹ ein.⁴⁰

II. Rechtssache C-301/06 vor dem EuGH

Dass gerade Irland gegen die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie zu Felde zog, mochte zunächst verwunderlich erscheinen – gehörte es doch zu jenen vier Staaten, welche den Entwurf eines Rahmenbeschlusses über die Vorratsdatenspeicherung initiiert hatten. Irland ging es allerdings mitnichten darum, die Tatsache der Datenspeicherung auf Vorrat selbst anzugreifen, sondern vielmehr nur die Rechtsgrundlage, mit welcher diese sekundärrechtlich verankert worden war. Mit anderen Worten: Es ging den Iren nicht darum, das Instrument der Vorratsdatenspeicherung selbst zu kippen. Man wollte vielmehr die Datenspeicherung auf Vorrat, wie sie das irische Recht mit dem *Criminal Justice (Terrorist Offences) Act*⁴¹ bereits seit 2005 kannte, verteidigen: Die Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG in irisches Recht hätte zwangsweise eine politisch nicht gewollte Abschwächung der Vorratsdatenspeicherung, wie im *Criminal Justice (Terrorist Offences) Act* vorgesehen, zur Folge gehabt, vor allem durch eine Reduzierung der Speicherdauer um mindestens ein Jahr als auch die Limitierung des Anwendungsbereiches in Bezug auf die zu speichernden Daten in seiner Breite.⁴²

³⁶ Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Nr. 33.

³⁷ EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Rdnr. 21.

³⁸ So auch *Simitis*, (Fn. 31), S. 1783, welcher dem Rat eine wohlüberlegte Strategie bescheinigt.

³⁹ Nunnmehr Art. 263 AEUV.

⁴⁰ ABl. C 237 v. 30.9.2006, S. 5.

⁴¹ Siehe Irish Statute Book, Acts of the Oireachtas Number 2 of 2005.

⁴² Diese Tatsache hat in der Literatur kaum Beachtung gefunden. Wie hier auch *Gundel*, (Fn. 3), S. 538.

Zum Verständnis der Problematik muss das Säulenmodell der Union in Erinnerung gerufen werden, welches zum Streitzeitpunkt noch bestand. So missfiel der Klägerin mithin lediglich die gewählte Rechtsgrundlage im Rahmen der ehemaligen ersten Säule: Zweck der Richtlinie sei keineswegs die Binnenmarktharmonisierung nach Art. 95 EGV (nunmehr Art. 114 AEUV), sondern die Bekämpfung schwerer Verbrechen einschließlich des Terrorismus. Dies sei eine Frage der in der dritten Säule der EU angesiedelten polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen (PJZS), wo ein entsprechender Rechtsakt demzufolge rechtlich verortet werden müsse. Irland trug daneben vor, dass eine Änderung der elektronische-Kommunikation-Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG durch die Richtlinie 2006/24/EG nicht auf dieselbe Rechtsnorm wie der früheren Richtlinie zugrunde liegend (Art. 95 EGV) gestützt werden könne, wenn die respektive Änderung kontextuell außerhalb der ersten Säule, vorliegend im Bereich des Strafrechts, stünde. Daneben verwies Irland auf das Urteil des Gerichtshofs in den verbundenen Rechtssachen C-317/04 und C-318/04, *Fluggastdaten*, in welchem in einem nach irischer Auffassung vergleichbaren Sachverhalt die Heranziehung des Art. 95 EGV als Rechtsgrundlage als fehlerhaft bestimmt wurde. Die zugrundeliegende Motivation Irlands ist deutlich: Das Einstimmigkeitserfordernis im Rahmen der dritten Säule hätte Irlands Position im Rahmen der Verhandlungen über die Details der Datenspeicherung im Vergleich zur ersten Säule deutlich gestärkt, bedurfte es bei dem dort einschlägigen Verfahren der Mitentscheidung gemäß Art. 251 EGV doch nur einer qualifizierten Mehrheit im Rat. Die Slowakische Republik trat dem Rechtsstreit als Unterstützerin Irlands bei. Sie schloss sich den irischen Argumenten im Schwerpunkt an, machte daneben aber auch mit der Richtlinie einhergehende Grundrechtsverstöße, vor allem des Art. 8 EMRK, geltend.

Weder Generalanwalt *Bot* noch die Große Kammer des Europäischen Gerichtshofs mochten sich den Argumenten der Klägerin anschließen.

Bot schlug dem Gerichtshof vor, die Klage Irlands abzuweisen.⁴³ Seiner Meinung nach war die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie zu Recht auf der Grundlage von Art. 95 EGV erlassen worden.⁴⁴ *Bot* stützte seine Argumentation primär auf den früheren Art. 47 EUV,⁴⁵ welcher als „Nahtstelle zwischen Gemeinschaftsrecht und Unionsrecht“⁴⁶ vorschreibe, dass der EUV den EGV unberührt lässt, was sich im Übrigen auch aus Art. 29 Abs. 1 EUV ergebe.⁴⁷ Aufgabe des Gerichtshofs sei es demnach, „darüber zu wachen, dass die Handlungen, von denen eine Partei

⁴³ Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Nr. 135.

⁴⁴ *Ibid.*, Nr. 6.

⁴⁵ Alle EUV-Nennungen in der Fassung des Vertrags von Nizza.

⁴⁶ Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Nr. 72.

⁴⁷ „Unbeschadet der Befugnisse der [EG]“.

behauptet, sie fielen unter Titel [...] VI [EUV], nicht in die Zuständigkeiten eingreifen, die die Bestimmungen des [EGV] der Gemeinschaft zuweisen“.⁴⁸ Zuständigkeiten der EG nach dem EGV seien im Sinne von Art. 47 EUV dann als berührt anzusehen, „wenn die Bestimmungen eines auf der Grundlage des [EUV] erlassenen Rechtsakts auf der Grundlage [...] des [EGV] hätten erlassen werden können“.⁴⁹ Zur Abgrenzung stellte *Bot* auf den Hauptzweck des jeweiligen Rechtsakts ab: Bestünde der Hauptzweck „sowohl seiner Zielsetzung als auch seinem Inhalt nach in der Umsetzung einer nach dem [EGV] der Gemeinschaft zugewiesenen Politik“,⁵⁰ ist demnach die Anwendung des EUV und der Erlass eines auf diesen Vertrag gestützten Rechtsakts ausgeschlossen.⁵¹ Diese Methodik sei auch – wie in vorliegendem Falle – in umgekehrter Konstellation anwendbar, mit der Folge dass die Anwendung des EGV dort ausgeschlossen sei, wo Hauptzweck und Ziel eines Rechtsakts dem EUV zuzuordnen sei.⁵² Davon ausgehend kam *Bot* zur Feststellung, dass vorliegend – ausgehend von einem aufgrund erheblicher rechtlicher und technischer Unterschiede bezüglich der Vorschriften zur Vorratsdatenspeicherung auf mitgliedstaatlicher Ebene möglichem Hindernis für den Binnenmarkt – ein entsprechender Harmonisierungsbedarf bestanden habe.⁵³ Die Richtlinie 2006/24/EG reagiere auf die bestehende Gefährdungslage, indem sie die nationalen Vorschriften vor allem hinsichtlich der Pflicht zur Vorratsdatenspeicherung, der zu speichernden Datenkategorien, Speicherfristen sowie Datenschutz und Datensicherheit annähere, mithin gemeinsame Anforderungen an die Diensteanbieter stelle und dadurch die Entwicklung des Binnenmarkts für elektronische Kommunikation fördere. Somit sei ein Tätigwerden der Gemeinschaft auf Grundlage von Art. 95 EGV begründet. Dem stünde nicht entgegen, „dass der eigentliche Grund zur Pflicht der Vorratsdatenspeicherung [...] darin liegt, dass sie die Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von schweren Straftaten

⁴⁸ Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Nr. 74. Dies entspricht der ständigen Rspr. des Gerichtshofes, vgl. EuGH, Rs. C-91/05, *Kommission/Rat*, Slg. 2008, I-3651, Rdnr. 33 m.w.N.

⁴⁹ Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Nr. 75. Vgl. EuGH, Rs. C-91/05, *Kommission/Rat*, Slg. 2008, I-3651, Rdnr. 58 m.w.N.

⁵⁰ Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Nr. 76 (Hervorhebung durch Verfasser). Vgl. EuGH, Rs. C-91/05, *Kommission/Rat*, Slg. 2008, I-3651, Rdnr. 60.

⁵¹ Dies korrespondiert, wie auch die Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Nr. 76 aufführen, mit der auf objektive und gerichtlich nachvollziehbare Umstände gegründeten Wahl der Rechtsgrundlage eines Rechtsakts. Diesbezüglich hat der Gerichtshof bereits in EuGH, Rs. C-300/89, *Titandioxid*, Slg. 1991, I-2867, Rdnr. 10 aufgeführt, dass „insbesondere Ziel und Inhalt des Rechtsakts“ zu diesen Umständen gehören, so auch EuGH, Rs. C-440/05, *Meeresverschmutzung*, Slg. 2007, I-9097, Rdnr. 61.

⁵² Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Nr. 77.

⁵³ *Ibid.*, Nr. 81 ff.

fördert“,⁵⁴ da dieser „eigentliche Grund“ nicht den Hauptzweck der Richtlinie manifestiere. Diese stelle nämlich nur einen „weiteren Schritt“⁵⁵ im europarechtlichen System zum Schutz personenbezogener Daten dar. Bereits die Richtlinie 2002/58/EG habe den Mitgliedstaaten die Möglichkeit gegeben, entgegen ihrem eigentlichen Regelungszweck des Datenschutzes in der elektronischen Kommunikation ausnahmsweise zum Schutz überragend wichtiger nationaler Interessen⁵⁶ notwendige, angemessene und verhältnismäßige Rechtsvorschriften zur Etablierung einer vorübergehenden Datenspeicherung zu erlassen. Die Richtlinie 2006/24/EG gehe diesbezüglich lediglich dahingehend weiter, als sie aus dieser den Mitgliedstaaten zustehenden Option eine Verpflichtung statuiert habe und in diesem Rahmen Datenkategorien und Speicherdauer harmonisiert habe. Um die durch die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie konstituierte Ausnahme von der Richtlinie 2002/58/EG rechtfertigen zu können, sei es unerlässlich gewesen, ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel anzuführen, und hier habe der Gemeinschaftsgesetzgeber „lediglich die Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von schweren Straftaten aufgegriffen“.⁵⁷ Der bloße Umstand also, dass das Ziel eines Rechtsaktes wie dem der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie eine strafrechtliche Nähe aufweist, reicht nach *Bot* nicht für den Ausschluss von Art. 95 EGV. Schließlich hielt er fest, dass die Vorratsdatenspeicherung unter keine der drei Arten von Maßnahmen, wie sie Art. 29 EUV im Rahmen der PJZS vorgesehen hat, subsumierbar sei und demnach nicht unter den Anwendungsbereich des Titels VI EUV fiele.⁵⁸ Weder betreffe sie eine engere Zusammenarbeit der Polizei-, Zoll- und anderer zuständiger Behörden in den Mitgliedstaaten (Art. 29 Abs. 2 Spiegelstrich 1), noch eine Zusammenarbeit der Justizbehörden (Spiegelstrich 2) oder eine Annäherung der Strafvorschriften der Mitgliedstaaten (Spiegelstrich 3). Die in der Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen umfassten „kein unmittelbares Eingreifen der Strafverfolgungsbehörden“ der Mitgliedstaaten, sondern verpflichteten vielmehr Private zur Speicherung von Daten, welche „eng mit der Ausübung [ihrer] wirtschaftlichen Tätigkeit“ verbunden seien.⁵⁹ Die vorgesehenen Maßnahmen seien „in einem Stadium vor der eventuellen Durchführung einer Maßnahme der [PJZS] anzusiedeln“.⁶⁰ Weder die Frage des Zugangs zu Daten durch nationale Strafverfolgungsbehörden noch die Frage der Verwendung und des Austauschs der Daten zwischen diesen Behörden werde harmonisiert. Das Ziel der Richtlinie

⁵⁴ Ibid., Nr. 92.

⁵⁵ Ibid., Nr. 93.

⁵⁶ Nationale Sicherheit, Landesverteidigung, öffentliche Sicherheit sowie Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten, Art. 15 Abs. 1 RL 2002/58/EG.

⁵⁷ Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Nr. 94.

⁵⁸ Ibid., Nr. 99 ff.

⁵⁹ Ibid., Nr. 102.

⁶⁰ Ibid., Nr. 103.

2006/24/EG habe zwar eine strafrechtliche Konnotation; die Zuordnung aller entsprechender Rechtsakte in die dritte Säule würde jedoch deren Anwendungsbereich übermäßig erweitern. Interessanterweise hatte sich *Bot* in Ergänzung seiner Argumentation an einer möglichen Abgrenzung zwischen der Gemeinschaftssäule unterfallenden Rechtsakten und solchen, welche im Rahmen der dritten Säule zu erlassen sind, versucht. Zur vormaligen ersten Säule gehören sollten demnach „Maßnahmen, die die Bedingungen harmonisieren, unter denen die Anbieter von Telekommunikationsdiensten die Verkehrs- und Standortdaten, die im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit erzeugt oder verarbeitet werden, aufbewahren müssen“, da durch sie gemeinsame Anforderungen an die Telekommunikationsanbieter geschaffen würden, was wiederum die Gefahr von Hindernissen für den Binnenmarkt reduziere.⁶¹ Maßnahmen hingegen „zur Harmonisierung der Bedingungen, unter denen die zuständigen nationalen Strafverfolgungsbehörden Zugang zu den gespeicherten Daten bekommen können, und diese zur Erfüllung ihrer Aufgaben verwenden und austauschen können“, unterfielen aufgrund des unmittelbaren Eingreifens der Behörden dem Anwendungsbereich der PJZS.⁶² Auffällig ist, dass den Generalanwalt seine eigene Grenzziehung nicht vollständig zufriedenzustellen schien. Er gab freimütig zu, dass sie wohl nicht unumstritten sein werde und in mancher Hinsicht künstlich erscheinen möge, stellte aber im gleichen Atemzug klar, dass das Maastrichter Drei-Säulen-Modell der Union die zu begrüßendere Option eines einzigen die Materie regelnden Rechtsaktes ausgeschlossen habe.⁶³ Schlussendlich führte *Bot* aus, dass seine aufgeführten Feststellungen nicht dem Urteil des Gerichtshofes in den verbundenen Rechtssachen C-317/04 und C-318/04, *Fluggastdaten*, widersprächen.⁶⁴ In diesem hatte der EuGH die Ansicht vertreten, dass die Übermittlung der Fluggastdatensätze eine Verarbeitung betreffend die öffentliche Sicherheit und die Tätigkeiten des Staates im strafrechtlichen Bereich sei,⁶⁵ weswegen der streitige Ratsbeschluss über das Fluggastdatenabkommen nicht auf Grundlage von Art. 95 EGV erlassen werden konnte.⁶⁶ *Bot* lehnte eine Übertragung der Grundsätze des Urteils auf die Rechtssache C-301/06 vor dem Hintergrund der wesentlich differierenden zugrunde liegenden Zusammenhänge ab. Zudem hob er hervor, dass jeweils zu prüfen sei, „im Rahmen welcher Art von Tätigkeiten eine Verarbeitung von Daten vorgenommen wird. Nur wenn eine solche Verarbeitung für Tätigkeiten genutzt wird, die den Staaten oder den staatlichen Stellen zugewiesen

⁶¹ Ibid., Nr. 106.

⁶² Ibid., Nr. 107.

⁶³ Ibid., Nr. 108.

⁶⁴ Ibid., Nr. 109 ff.

⁶⁵ EuGH, verb. Rs. C-317/04 und C-318/04, *Parlament/Rat*, Slg. 2006, I-4721, Rdnr. 56.

⁶⁶ Ibid., Rdnr. 67 ff.

sind und mit den Tätigkeitsbereichen von Einzelpersonen nichts zu tun haben, ist die Verarbeitung [...] vom gemeinschaftlichen System zum Schutz personenbezogener Daten [...] ausgeschlossen“⁶⁷ und der Rückgriff auf die vormalige dritte Säule sei eröffnet. Dies sei im vorliegenden Fall allerdings nicht der Fall.⁶⁸ Die Richtlinie 2006/24/EG beinhalte nämlich keine Bestimmungen betreffend die Bedingungen für den Zugang zu Daten sowie deren Verwendung durch staatliche Stellen, mithin Tätigkeiten außerhalb der Tätigkeitsbereiche von Einzelpersonen.⁶⁹

Mit dem am 10. Februar 2009 verkündeten Urteil schloss sich die Große Kammer des Gerichtshofs den Schlussanträgen des Generalanwalts *Bot* im Wesentlichen an und wies unter Feststellung, dass der Erlass der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie auf der Grundlage von Art. 95 EGV geboten gewesen sei, die Klage Irlands ab.⁷⁰ Die Wahl der Rechtsgrundlage eines gemeinschaftsrechtlichen Rechtsakts habe sich stets auf objektive, gerichtlich nachprüfbare Umstände zu gründen, zu denen vor allem Ziel und Inhalt des Rechtsakts gehören.⁷¹ Wie der Generalanwalt bejahete der Gerichtshof ursprüngliche rechtliche und technische Unterschiede der Vorratsdatenspeicherung in den Mitgliedstaaten, welche aus den divergierenden einschlägigen nationalen Regelungen resultierten. Es sei daher gerechtfertigt gewesen, das Funktionieren des Binnenmarkts durch den Erlass von Harmonisierungsvorschriften zu sichern.⁷² Eine solche Harmonisierung – hinsichtlich Vorratsspeicherungspflicht, Kategorien der zu speichernden Daten, Speichungsfristen, Datenschutz und Datensicherheit sowie allgemein Anforderungen an die Vorratsdatenspeicherung – sei durch die Richtlinie auch bezweckt worden. Die durch die Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen selbst brächten keine Strafverfolgung durch mitgliedstaatliche Behörden mit sich. Aus der Richtlinie ergäbe sich lediglich, dass die Diensteanbieter nur zur Speicherung von Daten verpflichtet seien, welche ohnehin eng mit der Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit verbunden wären, da sie im Zuge der Bereitstellung der jeweiligen Kommunikationsdienste erzeugt oder verarbeitet würden. Aus dem Gesagten zog der Gerichtshof

⁶⁷ Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Nrn. 122, 129.

⁶⁸ *Ibid.*, Nr. 126 ff.

⁶⁹ *Ibid.*, Nr. 130.

⁷⁰ EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Rdnr. 93 f., Tenor.

⁷¹ *Ibid.*, Rdnr. 60 unter Bezugnahme auf EuGH, Rs. C-440/05, *Meeresverschmutzung*, Slg. 2007, I-9097.

⁷² EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Rdnr. 72. Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass der EuGH zwar sehr wohl die Zulässigkeit einer Harmonisierung bejaht, es an dieser Stelle allerdings noch unterlässt, auch auf eine Vorschrift aus dem EGV (vorzugsweise Art. 95) zu verweisen. Rechtsangleichung ist jedoch auch im Rahmen des EUV in der dritten Säule möglich gewesen, vgl. Art. 34 Abs. 2 lit. b) EUV.

drei aufeinander aufbauende Schlussfolgerungen: Erstens schloss er, dass die Richtlinie ausschließlich Tätigkeiten regele, welche „unabhängig von der Durchführung jeder eventuellen Maßnahme polizeilicher oder justizieller Zusammenarbeit in Strafsachen“ seien. Weder die Frage des Zugangs zu den gespeicherten Daten durch nationale Strafverfolgungsbehörden noch die Frage der Verwendung der Daten und ihres Austausches zwischen den Behörden seien erfasst. Daraus folgte der Gerichtshof zweitens konsequent, dass die Regelungsmaterie der Richtlinie 2006/24/EG außerhalb des Titels VI des EUV liege. Schlussendlich gelangte die Große Kammer drittens zu der Konklusion, dass der materielle Regelungsgehalt der Richtlinie, ausgehend von der Tatsache, dass sie außerhalb des EUV angesiedelt sei, in „überwiegendem Maß das Funktionieren des Binnenmarktes“ betreffe.⁷³ Etwas anderes ergäbe sich auch nicht aus dem Urteil des EuGH in den verbundenen Rechtssachen C-317/04 und C-318/04, *Fluggastdaten*, eben weil „sich nämlich die Richtlinie 2006/24 auf die Tätigkeiten der Diensteanbieter im Binnenmarkt [bezieht] und [...] keine Regelung der Handlungen staatlicher Stellen zu Strafverfolgungszwecken“ enthält.⁷⁴ Daneben war auch wegen der mit der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie einhergehenden Änderung der elektronische-Kommunikation-Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG, welche selbst auf Art. 95 EGV gestützt war, diese Vorschrift wegen Art. 47 EUV als Rechtsgrundlage heranzuziehen gewesen.⁷⁵

Im Unterschied zu *Bot*, welcher seine Beweisführung im Schwerpunkt anhand der Unsicherheit bezüglich der Einschlägigkeit einer Rechtsgrundlage innerhalb der dritten Säule aufstellte, setzte der Gerichtshof von Anfang an seinen Fokus auf die Gemeinschaftsebene. Alles, was im Urteil steht, findet sich allerdings auch in den Schlussanträgen. *Vice versa* kann dies nicht behauptet werden: So zeigte der Gerichtshof, anders als der Generalanwalt, dem Unionsgesetzgeber keine Alternative zur bestehenden – und nunmehr bestätigten – Rechtslage auf. Hatte der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen vorgeschlagen, wie im Maastrichter Säulensystem die Abgrenzungsschwierigkeiten, wie sie sich zwischen Rechtsangleichung im Binnenmarkt und PJZS ergeben, durch zwei korrespondierende Rechtsakte – je einer in der ersten und dritten Säule – zu lösen, schwieg der Gerichtshof in dieser Sache. Dies erscheint vor dem Hintergrund, dass Generalanwalt *Bot* nahezu auffordernd zugab, sein Lösungsansatz sei gewiss nicht unumstritten, überraschend. Die Große Kammer hatte es allerdings nicht vermocht, diese Steilvorlage aufzunehmen.

⁷³ EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Rdnrn. 80-85.

⁷⁴ *Ibid.*, Rdnr. 91.

⁷⁵ *Ibid.*, Rdnr. 73 ff.

Zu weit wäre der Gerichtshof allerdings gegangen, wenn er zusätzlich zu der aufgeworfenen Frage dazu Stellung genommen hätte, inwieweit grundrechtliche Gewährleistungen sowie solche des Datenschutzes durch die Richtlinie berührt oder möglicherweise gar verletzt werden. Obgleich zuzugestehen ist, dass die Materie eine unmittelbare Nähe zu grundrechtlichen Fragestellungen aufweist und diesbezüglich erhebliche Probleme mit sich zu bringen vermag⁷⁶ (was so auch von der Slowakischen Republik als Streithelferin in das Verfahren eingebracht wurde), ist zu erinnern, dass sich Irland als Klägerin in keinsten Weise gegen materielle Inhalte der Richtlinie gewendet, sondern lediglich eine formelle Rüge hinsichtlich der zugrunde gelegten Rechtsgrundlage eingelegt hatte.⁷⁷ Da materiell-rechtliche Rügen jedoch gemäß dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Remia* von den Parteien eines Verfahrens geltend zu machen sind,⁷⁸ war der Gerichtshof nicht zu einer Diskussion der Grundrechtsrelevanz der Richtlinie verpflichtet.⁷⁹ Dies resultiert auch nicht in einem *déni de justice*, da die Bejahung einer eventuellen Grundrechtsverletzung durch einen die Vorratsdatenspeicherung begründenden Sekundärrechtsakt die Verortung der einschlägigen Rechtsgrundlage in die dritte Säule – wie von Irland gefordert – jedenfalls inhaltlich hätte gegenstandslos werden lassen.

Es handelt sich bei dem Urteil des EuGH in der Rechtssache C-301/06 letztlich um ein Paradebeispiel für ein politisch opportunes Gerichtsurteil – welches ein rechtlich wie wissenschaftlich vertretbares Ergebnis um Längen verfehlt.⁸⁰ Die dahinterstehende nachvollziehbare Motivation von Generalanwalt und Gerichtshof dürfte auf der Hand liegen: Ihre Argumentation, welche teilweise den Eindruck argumentativer Verrenkungen hinterlässt, sollte verhindern, dass ein Rechtsakt, dessen inhaltliche Bestimmungen so oder so in irgendeiner Weise ohnehin erneut vom Gesetzgeber festgeschrieben werden würden, nicht gekippt, sondern im Interesse der öffentlichen und inneren Sicherheit der Union und ihrer Mitgliedstaaten irgendwie „durchgewunken“ werden würde.

⁷⁶ Vgl. nur für die Bundesrepublik Deutschland BVerfG, Az. 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08, Urteil v. 2.3.2010.

⁷⁷ Diesen begrenzten Klageantrag hebt sonst, soweit ersichtlich, nur *Bäcker*, Solange IIa oder Basta I? – Das Vorratsdaten-Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus europarechtlicher Sicht, EuR 2011, S. 103, explizit hervor.

⁷⁸ EuGH, Rs. 42/84, *Remia*, Slg. 1985, 2545, Rdnr. 16.

⁷⁹ Vgl. *Booß*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, 40. EL 2009, Art. 230 EGV, Rdnr. 94; a.A. *Terhechte*, (Fn. 11), S. 201 f.; sowie unter Verweis auf die Entscheidungsprerogative des EuGH hinsichtlich des Prüfungsmaßstabs *Rossi*, Entscheidungsanmerkung zum Urteil des EuGH in der Rs. C-301/06, ZJS 2009, S. 299.

⁸⁰ *Braun*, Der EuGH und die Vorratsdatenspeicherung, ZRP 2009, S. 174, sieht das Urteil als zukünftigen „Bestandteil von Vorlesungsskripten, die sich methodischen und inhaltlichen Unzulänglichkeiten europäischer Judikatur widmen“, „Parallelwertung in der Laiensphäre“.

III. Bewertungsbericht der Kommission

Mit dem Kommissions-Bewertungsbericht zur Richtlinie vom 18. April 2011⁸¹ ist nunmehr offensichtlich geworden, dass trotz des eindeutigen Urteils des EuGH selbst in Brüssel die Erkenntnis gereift ist, dass dem Gemeinschaftsgesetzgeber mit der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie kein großer Wurf gelungen ist. Dies ist ausgehend von der sowohl in juristischer als auch telekommunikationswissenschaftlicher Hinsicht nahezu einhellig ablehnenden Rezeption des Urteils wenig verwunderlich.

Interessanterweise wird aus dem Bewertungsbericht wie aus den mit ihm einhergehenden Dokumenten⁸² deutlich die Bekämpfung von Straftaten („Vorratsdatenspeicherung für die Strafjustiz und die Strafverfolgung“, ⁸³ „*criminal justice systems and law enforcement*“⁸⁴) als Ziel und zugrunde liegende Motivation der Richtlinie ersichtlich.⁸⁵ Zwar wird Art. 95 EGV als Rechtsgrundlage und das bestätigende Urteil des EuGH am Rande angesprochen.⁸⁶ Die betreffende Passage in dem Bericht wirkt allerdings eher wie ein Fremdkörper, den aufzunehmen die Kommission der Vollständigkeit halber nicht vermeiden konnte, dem sie sich inhaltlich aber nicht mehr anzuschließen vermag. Dies äußert sich auch darin, dass die Bedenken hinsichtlich der vorgeblichen Gefährdung des Binnenmarktes durch die Ausgangsrechtslage vor Inkrafttreten der Richtlinie in exakt einem (!) Satz im gesamten Bericht angesprochen werden,⁸⁷ wie auch das vorgebliche Ziel der gleichen Wettbewerbsbedingungen nur verstohlen am Rande erwähnt wird. Der Wert der gespeicherten Daten für strafrechtliche Ermittlungen und Strafverfolgungsmaßnahmen hingegen wird auf mehreren Seiten detailliert und mit Beispielen unterlegt dargelegt.

Im Schwerpunkt analysiert der Bewertungsbericht unter ausführlicher vergleichender Darstellung der jeweiligen mitgliedstaatlichen Regelungen die Umsetzung der Richtlinie⁸⁸ vor allem hinsichtlich des jeweiligen Zwecks der Vorratsdatenspeicherung, der Speicherungspflicht der Betreiber, des Zugangs zu den Daten, des Anwendungsbereichs der Speicherung und der Datenkategorien, Fragen des Daten-

⁸¹ KOM (2011) 225 endg.

⁸² Frequently Asked Questions: Evaluation report of the Data Retention Directive, MEMO/11/251; Kommission legt Bericht über die Bewertung der Richtlinie über Vorratsdatenspeicherung vor, IP/11/484.

⁸³ KOM (2011) 225 endg., S. 3.

⁸⁴ MEMO/11/251, S. 2.

⁸⁵ KOM (2011) 225 endg., S. 1, 3 ff., 26 ff., 37.

⁸⁶ Ibid., S. 5.

⁸⁷ Ibid., S. 4: „Dies hatte Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt zur Folge.“

⁸⁸ Welche „später als erwartet“ begonnen wurde, ibid., S. 2.

schutzes, der Datensicherheit sowie der Kontrollstellen. Zunächst bleibt auch hier kein Zweifel hinsichtlich des Zwecks der Datenspeicherung in den jeweiligen Staaten, welcher in allen die Richtlinie umsetzenden Mitgliedstaaten rein strafrechtlicher Natur ist.⁸⁹ Zudem werden aus den Ausführungen erhebliche Umsetzungsunterschiede hinsichtlich der genannten Analysepunkte zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten deutlich. Schließlich widmet sich der Kommissionsbericht der erheblichen strafrechtlichen Bedeutung der Vorratsdatenspeicherung sowie den Auswirkungen der Speicherung auf Betreiber und Verbraucher sowie auf die Grundrechte.

Der Bericht endet mit den Schlussfolgerungen und Empfehlungen der Kommission, welche vor dem umstrittenen Hintergrund der Richtlinie, vor allem der irischen Klage gegen diese, aber auch den äußerst kritischen Literaturmeinungen, äußerst aufschlussreich sind. Zunächst hält die Kommission fest, dass die EU die Vorratsdatenspeicherung als „Sicherheitsmaßnahme“ unterstützen und regeln solle, vor allem wegen ihrer Notwendigkeit als „Instrument für die Strafverfolgung, den Opferschutz und die Strafjustiz“.⁹⁰ Weiter wird die uneinheitliche Umsetzung der Richtlinie betont und festgestellt, dass diese weder die Herangehensweise an die Vorratsdatenspeicherung vollständig harmonisiert, noch gleiche Wettbewerbsbedingungen für Betreiber geschaffen habe. Die Kommission macht darüber hinaus klar, dass die Kostenerstattung für Betreiber einer Vereinheitlichung bedürfe und die Verhältnismäßigkeit des gesamten Prozesses von Speicherung, Abruf und Verwendung der Daten gewährleistet werden müsse. Der Bericht schließt mit der Aussicht, dass die Kommission einen Dialog mit Strafverfolgungsbehörden, der Justiz, Wirtschafts- und Verbraucherverbänden, Datenschutzbehörden und Organisationen der Zivilgesellschaft einleiten und die entsprechenden Ergebnisse in eine „Überarbeitung des derzeitigen Rechtsrahmens für die Vorratsdatenspeicherung“ einfließen lassen werde.⁹¹

Auffällig an dem Bewertungsbericht der Kommission ist die deutliche Kritik, welche diese – trotz der generell positiven Grundhaltung hinsichtlich der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie – einfließen lässt: So werden die dem vorgeblichen Ziel der Angleichung der Wettbewerbsbedingungen entgegenstehenden großen Umsetzungsdifferenzen zwischen den Mitgliedstaaten unter anderen auch darauf zurückgeführt, dass die Richtlinie den Staaten einen erheblichen Spielraum für die Umsetzung gelassen habe. Dies habe letztlich dazu geführt, dass die Richtlinie weder die Herangehensweise an die Vorratsdatenspeicherung vollständig harmonisiert, noch gleiche Wettbewerbsbedingungen für die Marktteilnehmer geschaffen hat. Zwar versucht die Kommission, dies mit dem Hinweis, die Richtlinie habe

⁸⁹ Vgl. *ibid.*, S. 7 ff.

⁹⁰ *Ibid.*, S. 37.

⁹¹ *Ibid.*, S. 39.

lediglich „eine teilweise Harmonisierung der Herangehensweise an die Vorratsdatenspeicherung“⁹² erzielen wollen, abzuschwächen. Dennoch muss sie eingestehen, dass „der Beitrag der Richtlinie zur Harmonisierung der Vorratsdatenspeicherung [...] insbesondere auf die Zweckbindung und die Aufbewahrungsfristen sowie die Erstattung der den Betreibern entstehenden Kosten [...] begrenzt“ gewesen sei.⁹³ Dass dies keineswegs gewünscht gewesen sein kann, wird im Bericht an späterer Stelle deutlich, wo von einer „bislang nur“ begrenzten Harmonisierung die Rede ist.⁹⁴ Als konkreter Kritikpunkt werden dort vor allem die zwischen den Mitgliedstaaten differierenden Kostenbelastungen der Netzbetreiber genannt. Als negativ thematisiert werden daneben das Fehlen einer Definition des Begriffs der „schweren Straftaten“, die begrenzte Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit der aus der Richtlinie resultierenden Maßnahmen und das Fehlen einer Regelung hinsichtlich der Kostenerstattung für die Betreiber.

C. Vorschriften über die Binnenmarktharmonisierung als korrekte Rechtsgrundlage für die Vorratsdatenspeicherung?

I. Vorbetrachtung und Prüfungsmaßstab

In Bezug auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-301/06 wurde nicht nur die vermeintlich einseitige Auslegung der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie durch den Gerichtshof hinsichtlich ihres objektiven Hauptzieles und Zwecks kritisch hinterfragt. Auch die anscheinend oberflächliche Analyse der Gesamtmaterie durch die Große Kammer hat negative Reaktionen in Wissenschaft und Praxis hervorgerufen. So hat der Gerichtshof Fragen technisch-infrastruktureller Art, welche sich der Analyse einer Gefährdung des Funktionierens des Binnenmarktes als zuträglich hätten erweisen können, ebenso ausgespart wie eine kritische Hinterfragung, ob mit der Richtlinie in ihrer Form das vorgebliche Ziel einer Binnenmarktharmonisierung überhaupt erreicht werden kann. Im Folgenden sollen aus diesen Gründen unter Bezugnahme auf die Schlussanträge des Generalanwalts das Urteil als auch die Richtlinie sowohl in rechtlicher als auch praktischer Hinsicht kritisch analysiert werden, wobei in Bezug auf letztere ein enger Zusammenhang zu ihrem objektivem Binnenmarktbezug und (Haupt-) Regelungsgehalt besteht. Der Schwerpunkt der Betrachtung wird daher mit Art. 95 EGV auf den früheren primärrechtlichen Vorschriften zur Binnenmarkt-

⁹² Ibid., S. 38.

⁹³ Ibid., S. 1.

⁹⁴ Ibid., S. 10.

harmonisierung liegen;⁹⁵ ergänzend wird auf eine mögliche Verortung der Materie in der früheren dritten Säule, dem heutigen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, eingegangen werden. Grund- und datenschutzrechtliche Fragestellungen sollen vorliegend ausgeblendet bleiben, solange sie sich nicht im Rahmen der Analyse unter praktischen Gesichtspunkten als relevant erweisen. An dieser Stelle soll jedoch darauf hingewiesen sein, dass der Verfasser erhebliche Bedenken bezüglich der Grundrechtskonformität der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie nicht nur aus europarechtlicher sondern auch aus der Perspektive des Grundgesetzes hat.⁹⁶

Zunächst soll geprüft werden, ob die korrekte Rechtsgrundlage für die Vorratsdatenspeicherung – wie vom EuGH bejaht – in den Vorschriften über die Binnenmarktharmonisierung verortet ist. Wie der Gerichtshof in Randnummer 60 seines Urteils *Vorratsdatenspeicherung* unter Verweis auf seine ständige Rechtsprechung festhält, sind insbesondere Ziel und Inhalt des Rechtsakts für die Heranziehung der richtigen Rechtsgrundlage von Relevanz. Folglich ist die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie dann mit Art. 95 EGV auf einer richtigen Grundlage erlassen worden, wenn sich ihre Zielbestimmungen und ihr Inhalt unter diese Vorschrift subsummieren lassen.

II. Voraussetzung der Anwendbarkeit von Art. 95 EGV

Bereits aus Art. 95 Abs. 1 Satz 2 EGV folgt, dass Harmonisierungsmaßnahmen zur Angleichung mitgliedstaatlicher Rechts- und Verwaltungsvorschriften „die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben“. Um sicherzustellen, dass eine extensive Lesart dieser Bestimmung nicht zu einer „Harmonisierung für alles Mögliche“⁹⁷ führt, ist der Tatbestand der Vorschrift weiter konkretisiert.⁹⁸

⁹⁵ Das Gesagte gilt für den heute gültigen, vom Wortlaut nahezu identischen, Art. 114 AEUV entsprechend.

⁹⁶ Zum Prüfungsmaßstab hinsichtlich der Grundrechte vgl. *Terbechte*, (Fn. 11), S. 201 f.; siehe auch *Alvaro*, (Fn. 19), S. 54; *Gietl*, (Fn. 26), S. 318 f. (hinsichtlich der Gemeinschaftsgrundrechte); *Leutheusser-Schnarrenberger*, (Fn. 6), S. 10 f. (v.a. aus Sicht des GG); *Konstantinides*, (Fn. 11), S. 99 ff. Die grundrechtliche Diskussion als nachrangig betrachtend *Gundel*, (Fn. 3), S. 546. Zu den grundrechtsrelevanten Auswirkungen der Vorratsdatenspeicherung vgl. ferner KOM (2011) 225 endg., S. 33 ff. Zur Grundrechtsrelevanz, ausgehend vom Bewertungsbericht der Kommission, vergleiche die Analyse des Freiburger Centrum für Europäische Politik (CEP).

⁹⁷ So der Titel des Beitrags von *Frenz*, (Fn. 12), S. 374 f. unter Bezug auf *Müller*, Karlsruhe hat genug gehört, FAZ v. 14.2.2009, S. 5.

⁹⁸ Siehe dazu und zu dem Folgenden *Schweitzer/Schröder/Bock*, EG-Binnenmarkt und Gesundheitsschutz: am Beispiel der neuen Tabakrichtlinie der Europäischen Gemeinschaft, 2002, S. 32 m.w.N.; sowie *Tietje*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, (Fn. 79), Art. 95 EGV, Rdnr. 27 ff. m.w.N.

Zuvörderst ist diesbezüglich die subjektive Zielsetzung des Unionsgesetzgebers von erheblicher Bedeutung. Sollte bereits dieser hinsichtlich eines erlassenen Rechtsakts nachweislich⁹⁹ nicht davon ausgehen, dass der sich zumindest primär auf Errichtung und Funktionieren des Binnenmarkts beziehe, mithin die objektiven Voraussetzungen aus Art. 95 Abs. 1 EGV kein subjektives Pendant beim Gesetzgeber finden, sind die Harmonisierungsvorschriften als Kompetenzgrundlage ausgeschlossen mit der Folge der Nichtigkeitserklärung des Rechtsakts durch den EuGH.¹⁰⁰ Dies bedeutet aber keineswegs, dass bereits die „Überzeugung eines Organs“ über das angestrebte Ziel allein die Ausübung der Kompetenz zur Rechtsharmonisierung rechtfertigt.¹⁰¹ Hinzutreten müssen vielmehr objektive Tatbestandselemente, welche den Wortlaut des Art. 95 Abs. 1 EGV widerspiegeln.

Die zur Harmonisierungsmaßnahme führenden unterschiedlichen nationalen Vorschriften müssen demgemäß einen tatsächlichen objektiven Binnenmarktbezug aufweisen, der sich darin manifestiert, dass die divergenten mitgliedstaatlichen Regelungen sich unmittelbar und spürbar auf das Funktionieren des Binnenmarkts auswirken, sei es durch ihre Geeignetheit, die Grundfreiheiten durch hervorgerufene Handelshindernisse zu beeinträchtigen oder Wettbewerbsverzerrungen zu verursachen. Die bloße Feststellung von Unterschieden zwischen den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen oder eine abstrakte Gefahr reichen dabei nicht aus.¹⁰²

Die Harmonisierungsmaßnahme selbst muss schließlich objektiv den Zweck verfolgen, die Bedingungen für das Funktionieren und das Errichten des Binnen-

⁹⁹ Der entsprechende Nachweis dürfte im Regelfall freilich nicht möglich sein, *Bock*, Rechtsangleichung und Regulierung im Binnenmarkt: Zum Umfang der allgemeinen Binnenmarktkompetenz, 2005, S. 77.

¹⁰⁰ Gemäß Art. 230, 231 EGV (nunmehr Art. 263, 264 AEUV). *Schweitzer/Schröder/Bock*, (Fn. 98), S. 32; vgl. *Fischer*, in: *Lenz/Borchardt* (Hrsg.), EUV/EGV, 4. Aufl. 2006, Art. 95 EGV, Rdnr. 4 m.w.N.; *Leible*, in: *Streinz* (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 95 EGV, Rdnr. 14; *Selmayr/Kamann/Ablers*, Die Binnenmarktkompetenz der Europäischen Gemeinschaft, EWS 2003, S. 50; *Tietje*, (Fn. 98), Art. 95 EGV, Rdnr. 27; a.A. aber *Ambos*, (Fn. 26), S. 470 m.w.N., welcher auf die Nachrangigkeit der Erwägungsgründe im Verhältnis zum objektiven Regelungsgehalt abstellt. *Ambos* erkennt dabei allerdings, dass sowohl subjektiv als auch objektiv ein Binnenmarktbezug bestehen muss, um Art. 95 EGV greifen zu lassen. Das von ihm geschilderte Risiko, dass der Normgeber den Zweck allein durch Formulierungen in den Erwägungsgründen bestimmen könnte, dürfte stets durch den objektiven Zweck eines entsprechenden Rechtsakts umgangen werden. Unklar äußern sich *Gietl/Tomasic*, (Fn. 10), S. 796 f., die auf der einen Seite den subjektiven Binnenmarktbezug als Voraussetzung benennen, im Ergebnis aber darüber hinweggehen.

¹⁰¹ *Everling*, Abgrenzung der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes nach Art. 100a EWGV durch den Gerichtshof, EuR 1991, S. 180; *Leible*, (Fn. 100), Art. 95 EGV, Rdnr. 14.

¹⁰² EuGH, Rs. C-376/98, *Tabakwerbeverbot I*, Slg. 2000, I-8419, Rdnr. 84; *Fischer*, (Fn. 100), Art. 95 EGV, Rdnr. 17.

marktes und somit diesen selbst tatsächlich zu verbessern (und nicht nur zu regeln).¹⁰³ Eine solche Verbesserung des Binnenmarktes ist vor allen Dingen durch die Beseitigung bereits bestehender Hindernisse für die Verwirklichung von Grundfreiheiten sowie gegenwärtig existenter Wettbewerbsverzerrungen, welche sich auf das Funktionieren des Binnenmarkts auswirken, zu realisieren. Eine Angleichung kann jedoch auch präventiv erfolgen, um der Entstehung neuer Hindernisse vorzubeugen, welche sich aus einer heterogenen Entwicklung nationaler Rechtsvorschriften ergeben könnten, wie der Gerichtshof in Randnummer 60 des hier besprochenen Urteils festhält. In einem solchen Fall muss die Entstehung derartiger Hindernisse wahrscheinlich sein und die respektive Harmonisierungsmaßnahme ihre Vermeidung bezwecken.¹⁰⁴

III. Ziel und Inhalt der Richtlinie 2006/24/EG

Entsprechend den soeben erfolgten Ausführungen soll nun überprüft werden, inwieweit Ziel und Inhalt der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie unter Art. 95 EGV subsumierbar sind. Analog zum Titel der Richtlinie erstreckt sich diese Prüfung auf zwei Bereiche, nämlich die Einführung der Vorratsdatenspeicherung selbst sowie die damit einhergehende notwendige Änderung der Richtlinie 2002/58/EG.

1. Einführung der Vorratsdatenspeicherung

a) Subjektive Zielsetzung des Gemeinschaftsgesetzgebers

Zur Prüfung des Vorliegens des subjektiven Binnenmarktbezuges zieht der Gerichtshof regelmäßig – so auch im vorliegenden Urteil – die Erwägungsgründe eines Rechtsaktes heran.¹⁰⁵ Anhaltspunkte für subjektiv angestrebte Ziele eines Rechtsakts lassen sich nach hier vertretener Auffassung allerdings zuweilen auch in dessen Bestimmungen selbst finden.¹⁰⁶ Da sich die Verfahrensbeteiligten gegenseitig eine selektive Betrachtung der Richtlinie 2006/24/EG vorgeworfen und dabei vor allem auf die Erwägungsgründe abgezielt haben, sollen im Folgenden ein im Schrifttum zu Richtlinie und Urteil zu Unrecht vielfach vernachlässigt gebliebenes *sujet*

¹⁰³ Siehe instruktiv anhand praktischer Beispiele *Selmayr/Kamann/Ahlers*, (Fn. 100), S. 51 ff.; *Westphal*, Die Richtlinie zur Vorratsspeicherung von Verkehrsdaten: Brüsseler Stellungnahme zum Verhältnis von Freiheit und Sicherheit in der „Post-911- Informationsgesellschaft“, EuR 2006, S. 712.

¹⁰⁴ *Fischer*, (Fn. 100), Art. 95 EGV, Rdnr. 14.

¹⁰⁵ *Schweitzer/Schröder/Bock*, (Fn. 98), S. 32; *Tietje*, (Fn. 98), Art. 95 EGV, Rdnr. 27 a.E. m.w.N.

¹⁰⁶ So hier wohl auch Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Nr. 91 f.

betrachtet und aus der Richtlinie heraus Argumente für beide Ansichten – gesetzgeberisches subjektives (Primär-)Ziel Binnenmarktverbesserung ja oder nein – gefunden und diese im Anschluss hinsichtlich ihrer Gewichtung abgewogen werden.

Gerichtshof wie Generalanwalt führten in erster Linie die Erwägungsgründe 5 und 6 der Richtlinie an, um den Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers zu belegen, einen sich tatsächlich auf Errichtung und Funktionieren des Binnenmarkts beziehenden Rechtsakt zu erlassen.¹⁰⁷ Erwägungsgrund 5 stellt zunächst fest, dass „einige“ Mitgliedstaaten vor dem Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie bereits Rechtsvorschriften über eine Vorratsdatenspeicherung durch Diensteanbieter erlassen hatten, welche stark voneinander abwichen. Erwägungsgrund 6 führt weiterhin aus, dass die zwischen diesen nationalen Vorschriften bestehenden rechtlichen und technischen Unterschiede den Binnenmarkt für elektronische Kommunikation beeinträchtigten, „da Diensteanbieter mit unterschiedlichen Anforderungen in Bezug auf die zu speichernden [Daten-]Arten [...], die [...] Bedingungen und die Dauer der Vorratspeicherung konfrontiert“ waren. Der Generalanwalt verwies zusätzlich auf Erwägungsgrund 24,¹⁰⁸ welcher deutlich macht, dass die Richtlinie nicht das Recht der Mitgliedstaaten berührt, Rechtsvorschriften über den Zugang zu und die Nutzung der gespeicherten Daten durch von den Mitgliedstaaten benannte nationale Behörden zu erlassen. Derartige Regelungsgehalte fielen nämlich nicht in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts, sondern in den Titel VI des früheren EUV, die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit. Weiterhin könnte der weder von Gerichtshof noch von Generalanwalt zitierte Erwägungsgrund 21, welcher die Ziele der Richtlinie aufzählt, teilweise zum Nachweis deren subjektiven Binnenmarktbezugs herangezogen werden; eines der Ziele ist demnach „die Harmonisierung der Pflichten für Diensteanbieter bzw. Netzbetreiber im Zusammenhang mit der Vorratspeicherung bestimmter Daten“. Einen subjektiven Binnenmarktbezug könnte in Abgrenzung zur elektronische-Kommunikation-Datenschutzrichtlinie schließlich Erwägungsgrund 12 begründen, welcher festhält, dass Art. 15 Abs. 1 Richtlinie 2002/58/EG weiterhin gilt für die „Vorratspeicherung zu anderen – einschließlich justiziellen – Zwecken als denjenigen, die durch die vorliegende Richtlinie abgedeckt werden“.

Der Vermutung, der Gemeinschaftsgesetzgeber habe tatsächlich einen Rechtsakt im Interesse einer Binnenmarktverbesserung ergreifen wollen, entgegenstehende Ansätze finden sich im Urteil des Gerichtshofes an keiner Stelle. Die Erwägungsgründe der Richtlinie als auch ihre inhaltlichen Bestimmungen lassen hingegen, wie von Irland vorgetragen und vom Generalanwalt in Ansätzen zugestanden, in der Tat auch deutliche Argumente gegen einen subjektiven

¹⁰⁷ EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Rdnr. 66 ff. sowie dazu Schlussanträge GA Bot, Nr. 81 f.

¹⁰⁸ Ibid.

Binnenmarktbezug der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie zu. So sind zunächst vor allem die Erwägungsgründe 7 bis 11, auf welche Irland sich in seiner Klage bezogen hatte, entgegen dem vorgeblichen gesetzgeberischen Interesse zu verstehen. Demnach wird zunächst auf die Schlussfolgerungen des Rates „Justiz und Inneres“ vom 19. Dezember 2002 verwiesen, in welchen der Rat betont hatte, dass „Daten über die Nutzung elektronischer Kommunikation [...] ein wertvolles Mittel bei der Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten und insbesondere der organisierten Kriminalität darstellen“ (Erwägungsgrund 7). Erwägungsgrund 8 verweist daneben auf die vom Europäischen Rat am 25. März 2004 angenommene Erklärung zum Kampf gegen den Terrorismus, in welcher der Rat aufgefordert wurde, „Vorschläge für Rechtsvorschriften über die Aufbewahrung von Verkehrsdaten durch Diensteanbieter“ zu prüfen. Erwägungsgrund 9 bezeichnet die Vorratsdatenspeicherung als „notwendiges und wirksames Ermittlungswerkzeug für die Strafverfolgung“, weshalb gewährleistet werden müsse, „dass die auf Vorrat gespeicherten Daten den Strafverfolgungsbehörden [...] unter den in dieser Richtlinie festgelegten Bedingungen zur Verfügung stehen“. Es folgt ein Hinweis auf die Erklärung des Rates vom 13. Juli 2005 in Folge der Terroranschläge von London, in welcher „auf die Notwendigkeit hingewiesen [wurde], so rasch wie möglich gemeinsame Maßnahmen zur Vorratspeicherung von Telekommunikationsdaten zu erlassen“ (Erwägungsgrund 10). Schließlich verweist Erwägungsgrund 11 auf wissenschaftliche Untersuchungen sowie praktische Erfahrungen in mehreren Mitgliedstaaten, welche gezeigt haben, dass „Verkehrs- und Standortdaten für die Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten von großer Bedeutung sind“ mit der Konsequenz, dass „auf europäischer Ebene sichergestellt werden [muss], dass [derartige] Daten [...] für einen bestimmten Zeitraum unter den in dieser Richtlinie festgelegten Bedingungen auf Vorrat gespeichert werden“. In dieser Linie steht daneben der bereits erwähnte Erwägungsgrund 21, welcher als zweites Ziel der Richtlinie „die Gewährleistung, dass [die] Daten zum Zwecke der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von schweren Straftaten [...] zur Verfügung stehen“, benennt. Gegen einen subjektiven Binnenmarktbezug könnte schließlich in einer Gesamtschau der Erwägungsgründe der bereits oben aufgeführte Erwägungsgrund 12 herangezogen werden, welcher unter die „anderen [...] Zwecke [...] als denjenigen, die durch die vorliegende Richtlinie abgedeckt werden“, auch „justizielle“ zählt, ohne dies auf den Bereich der Strafsachen einzugrenzen. Auch die Einbeziehung von Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten im Rahmen eines Erfahrungsaustausches sowie der Beratung der Kommission hinsichtlich der raschen technischen Entwicklung in der elektronischen Kommunikation und der damit möglicherweise veränderten „legitimen Anforderungen der zuständigen Behörden“ spricht vorliegend gegen den Gemeinschaftsgesetzgeber (Erwägungsgrund 14). Erwägungsgrund 17 schließlich erwähnt die Weitergabe der gespeicherten Daten an die zuständigen nationalen Behörden, wenngleich zuvörderst unter Betrachtung grundrechtlicher Gesichtspunkte. Erwägungsgrund 23 zuletzt schließt eine

Harmonisierung der „Technologie für die Vorratsspeicherung von Daten“ unter Verweis auf die diesbezüglich auf nationaler Ebene zu erfolgende Auswahl aus. Schlussendlich steht der Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie der vorgeblichen Intention des Gemeinschaftsgesetzgebers entgegen, wie selbst Generalanwalt *Bot* in Nr. 91 f. seiner Schlussanträge anerkennt. In der Norm heißt es, dass eine Harmonisierung erfolgen solle, „um sicherzustellen, dass die Daten zum Zwecke der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von schweren Straftaten, wie sie von jedem Mitgliedstaat in seinem nationalen Recht bestimmt werden, zur Verfügung stehen.“ Schließlich spricht auch der Regelungsgehalt der Art. 4 (Zugänglichkeit der Daten für nationale Behörden) sowie Art. 8 (Sicherstellung der unverzüglichen Weiterleitung der gespeicherten Daten nach Anfrage durch nationale Behörden), über welche in Schlussanträgen sowie Urteil hinweggegangen wird, gegen einen subjektiven Binnenmarktbezug.¹⁰⁹

Bereits das auf den Umfang bezogene schiere Übergewicht der gegen den subjektiven Binnenmarktbezug angeführten Anhaltspunkte aus Erwägungsgründen und inhaltlichen Bestimmungen der Richtlinie lässt die vorgebliche Motivation des Gemeinschaftsgesetzgebers, die Richtlinie sei in erster Linie aus Gründen der Harmonisierung ergangen um den Binnenmarkt für elektronische Kommunikation zu verbessern, völlig unglaublich erscheinen. Vor diesem deutlichen Hintergrund wirkt das Schweigen sowohl der Großen Kammer als auch von Generalanwalt *Bot* bezüglich der angesprochenen Erwägungsgründe, die der vorgeblichen Intention des Gemeinschaftsgesetzgebers widersprechen, unverständlich und rechtsfehlerhaft. Unzweifelhaft ist die Binnenmarktharmonisierung zumindest ein Motivationsgrund für den Erlass der Richtlinie 2006/24/EG gewesen.¹¹⁰ Diesbezüglich ist jedoch festzuhalten, dass der Wortlaut dieses Erwägungsgrundes missverständlich ist¹¹¹: Die Harmonisierung selbst vermag nämlich kein legitimes Ziel darzustellen.¹¹² Dies ergab sich bereits aus dem Wortlaut der Art. 94 und 95 EGV, welche auf die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes abstellen. Die Harmonisierung dient also keinem Selbstzweck,¹¹³ sondern ist lediglich ein Mittel zur Erreichung der Binnenmarkterrichtung/-verbesserung, mithin Zweck der Richtlinie zu deren Zielerreichung. Die Errichtung/Verbesserung des Binnenmarktes kann hier jedoch in keinsten Weise als Primärziel festgehalten

¹⁰⁹ So auch *Ambos*, (Fn. 26), S. 470.

¹¹⁰ Vgl. dazu vor allem den Erwägungsgrund 21 der RL.

¹¹¹ Gewissermaßen ist Erwägungsgrund 21 sogar doppelt missverständlich, sofern er besagt, das Ziel der Harmonisierung könne auf Gemeinschaftsebene besser erreicht werden. Mitgliedstaatlich ist eine Harmonisierung gar nicht möglich, so auch *Vogel*, (Fn. 19), S. 87.

¹¹² So aber wohl *Ringland*, European Union's Data Retention Directive and the United States's Data Preservation Laws: Finding the better Model, lct 13 (2009), S. 1, welche die Ziele der RL offenbar allein aus Erwägungsgrund 21 ableitet.

¹¹³ So auch *Ambos*, (Fn. 26), S. 470.

werden: Die Erwägungsgründe 5 und 6 besagen lediglich, und dies auch nur eher feststellend, dass aufgrund unterschiedlicher einschlägiger nationaler Rechtsvorschriften eine Beeinträchtigung des Binnenmarktes für elektronische Kommunikation existiere. Allein aus diesen Gründen wie der EuGH aber auch eine Motivation des Gesetzgebers zu bejahen, tat- und hauptsächlich einen harmonisierenden binnenmarktsverbessernden Rechtsakt zu erlassen, erscheint jedoch äußerst schwer zu rechtfertigen und verfehlt.¹¹⁴ Auch Erwägungsgrund 12 kann letztlich nicht als Nachweis des subjektiven Binnenmarktbezuges herangezogen werden, denn auch wenn die Abgrenzung „justizieller“ Zwecke zu denen der Richtlinie 2006/24/EG gezogen wird, besagt dies noch nichts über den Charakter dieser Zwecke. Freilich könnten diese justiziell-strafrechtlicher Natur sein. Dann ergibt es aber keinen Sinn, nur „justizielle“, nicht aber auch „polizeiliche“ Zwecke explizit abgrenzend zu benennen. „Justizielle“ Zwecke können vorliegend also nur so verstanden werden, dass sie lediglich die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen gemäß des früheren Art. 65 EGV¹¹⁵ umfassen, mithin als „andere Zwecke“ in der ersten Säule angesiedelt sind. Auch Erwägungsgrund 25 spricht letztlich nicht für einen subjektiven Binnenmarktbezug der Richtlinie, besagt er doch lediglich, dass eine andere als die in ihr geregelte Materie von eindeutig strafrechtlicher Natur durch die Mitgliedstaaten oder aber über die PJZS zu regeln sei. Die tatsächliche Motivation des Gemeinschaftsgesetzgebers lässt sich vielmehr aus den anderen aufgeführten Erwägungsgründen deutlich erschließen¹¹⁶: Erwägungsgrund 21 nennt als Ziel neben der – wie festgestellt falscherweise erwähnten – Harmonisierung ausdrücklich auch strafrechtliche Interessen, was erklären dürfte, warum Gerichtshof und Generalanwalt auf eine Einbeziehung des Grundes in ihre Ausführungen verzichtet haben. Dass dem Ziel der „Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von schweren Straftaten“ hier – obwohl an zweiter Stelle genannt – im Vergleich zum „Ziel“ der Harmonisierung Vorrang zukommen muss, ergibt sich aus einer Gesamtbetrachtung mit vor allen den Erwägungsgründen 7 bis 11. Mehrfach wird die Notwendigkeit der Verfolgung strafrechtlicher Interessen, auch im Kontext mit den Ereignissen um die Entstehungsgeschichte der Richtlinie herum,¹¹⁷ betont, und zwar durch die hierfür als „notwendiges und wirksames“ Werkzeug betrachtete Vorratsdatenspeicherung. Dies unterstreicht letztlich Art. 1, welcher in aller Deutlichkeit die durch die Richtlinie vorgesehene Rechtsangleichung in den Mitgliedstaaten als lediglich den Weg zur Erreichung des eigentlichen Ziels, die Verfolgung straf-

¹¹⁴ Zöller, Vorratsdatenspeicherung zwischen nationaler und europäischer Strafverfolgung, GA 2007, S. 408, spricht diesbezüglich von einer „kühnen Argumentation“.

¹¹⁵ Nunmehr Art. 81 AEUV.

¹¹⁶ Ebenso *Ambos*, (Fn. 26), S. 470.

¹¹⁷ Darauf abstellend *Petri*, Anmerkung zur Entscheidung des EuGH in der Rs. C-301/06, EuZW 2009, S. 214.

rechtlicher Zwecke, vorsieht.¹¹⁸ Vor diesem Hintergrund wirkt es nahezu bizarr, dass Generalanwalt *Bot* dies in seinen Schlussanträgen zunächst genauso sieht, um im Anschluss dennoch auf geradezu abenteuerliche Weise einen subjektiven Binnenmarktbezug des gesamten Richtlinien-Inhalts unter Bezug auf die Änderung der Richtlinie 2002/58/EG zu konstruieren.¹¹⁹ Zur Abgrenzung dazu mag die Umweltstrafrechtsrichtlinie 2008/99/EG¹²⁰ herangezogen werden, bei welcher der EuGH eine strafrechtliche Annexkompetenz im Rahmen der ersten Säule bejaht hat,¹²¹ um ein unstrittiges Ziel der Gemeinschaft, in jenem Fall den Umweltschutz,¹²² zu erreichen. Vorliegend ist die Sachlage genau umgekehrt: Bereits logisch ist es nicht möglich, unter Verwendung der strafrechtlichen Annexkompetenz ein Gemeinschaftsziel „Harmonisierung“ zu erreichen;¹²³ vielmehr soll vorliegend die Harmonisierung außerhalb des Binnenmarktes liegende strafrechtliche Interessen sichern.¹²⁴ Überspitzt ausgedrückt: Würde man die Erkenntnisse des EuGH aus dem Urteil *Umweltstrafrecht* auf vorliegenden Sachverhalt übertragen (wozu man ausgehend von Schlussanträgen und Urteil C-301/06 verleitet sein könnte), gelangte man zu dem Paradoxon, dass eine Harmonisierung – aus strafrechtlichen Interessen – um der Harmonisierung selbst wegen erfolgte, nicht aber zur Verwirklichung eines im Interesse der Gemeinschaft liegenden Zieles wie der Errichtung/Verbesserung des Binnenmarktes. Dass die Harmonisierung selbst aber kein Gemeinschaftsziel darzustellen vermag, wurde oben dargelegt. Das Ergebnis, dass die tatsächlichen Ziele der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie außerhalb des Binnenmarktes liegen, wird auch durch die oben angeführten Erwägungsgründe 12, 14 und 17 sowie Art. 4 und 8 der Richtlinie gestützt. Wenn Art. 15 Abs. 1 Richtlinie 2002/58/EG weiterhin Anwendung finden soll auf die Vorratsspeicherung zu „anderen“ Zwecken als denen der Richtlinie 2006/24/EG, können nach den bisherigen Feststellungen und bei einer Gesamtschau der Erwägungsgründe unter diese Zwecke folgerichtig nur solche der ersten Säule fallen,¹²⁵ womit eine entsprechende Abgrenzung zu den Zwecken der Vorratsdatenspeicherung wiederum in die dritte Säule führt. Dafür spricht auch

¹¹⁸ Ebenso *Braum*, (Fn. 80), S. 175.

¹¹⁹ Es ist dem Gerichtshof zumindest zuzusprechen, dass im Urteil wenigstens diese Konstruktion nicht diskutiert worden ist.

¹²⁰ Welche allerdings nicht im Rahmen der Harmonisierung, sondern insbesondere auf Grundlage des Art. 175 Abs. 1 EGV ergangen ist.

¹²¹ EuGH, Rs. C-176/03, *Umweltstrafrecht*, Slg. 2005, I-7879.

¹²² Gemäß Art. 174 ff. EGV (nunmehr Art. 191 ff. AEUV).

¹²³ Im Ergebnis ebenso *Ambos*, (Fn. 26), S. 470; *Gundel*, (Fn. 3), S. 539 m.w.N.

¹²⁴ So auch *Gietl/Tomasic*, (Fn. 10), S. 800; *Rusteberg*, (Fn. 4), S. 173 f.

¹²⁵ Dagegen spricht auch nicht die Konkretisierung „einschließlich justiziellen“ im Wortlaut des Erwägungsgrundes 12. Vielmehr können damit, wie oben dargestellt, nur justizielle Zwecke im Bereich Zivilsachen gem. Art. 65 EGV gemeint sein.

das Einbeziehen von Strafverfolgungsbehörden in weitere Diskussionsprozesse, ebenso wie die Erwähnung der unverzüglichen Weitergabe der gespeicherten Daten an die zuständigen nationalen Behörden, zu denen unstreitig auch die Strafverfolgungsbehörden gezählt werden müssen.¹²⁶ Gegen den subjektiven Binnenmarktbezug ist zudem ins Feld zu führen, das ausweislich Erwägungsgrund 23 die Technologien für die Speicherung gerade nicht harmonisiert werden sollen, unterschiedliche Technologien nach hier vertretener Meinung in Bezug auf Kosten der Diensteanbieter und Netzbetreiber sowie in Bezug auf den Datenschutz allerdings eine genauso den Binnenmarkt gefährdende Wirkung haben wie voneinander abweichende zugrunde liegende nationale Rechtsvorschriften. Auffällig ist zudem, dass die Kostenfrage selbst, welche ja konsequenterweise gerade hinsichtlich eventueller Wettbewerbsverzerrungen und damit des Funktionierens des Binnenmarktes von Bedeutung ist, in der Richtlinie gar nicht erwähnt wird.¹²⁷

Dem Gemeinschaftsgesetzgeber ging es mit der Richtlinie 2006/24/EG folglich mitnichten um eine Harmonisierung, um in erster Linie das Funktionieren des Binnenmarkts zu gewährleisten bzw. diesen zu verbessern.¹²⁸ Dies mag zwar zu einem gewissen, untergeordneten Ausmaß ein Motivationsgrund gewesen sein. Im Vordergrund, mithin als Hauptziel, und aus der Entstehungsgeschichte der Richtlinie klar ersichtlich, stand jedoch vielmehr mit seltener, kaum verhohlener Deutlichkeit¹²⁹ die Ermittlung, Feststellung und Verfolgung schwerer Straftaten, einschließlich des Terrorismus.¹³⁰ Die Kommission gesteht dies nunmehr auch offen ein, indem sie die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie als „EU information

¹²⁶ Siehe KOM (2011) 225 endg., S. 12 ff.

¹²⁷ So auch *Braum*, (Fn. 80), S. 175. Zur Problematik eventueller Wettbewerbsverzerrungen siehe sogleich unter b), zur Nichterwähnung des Kostenfaktors in der RL unter c).

¹²⁸ So in aller Deutlichkeit auch *Kleszczewski*, Kritik der Vorratsdatenspeicherung, in: Fs. Fezer, 2008, S. 22 m.w.N.

¹²⁹ *Simitis*, (Fn. 31), S. 1784: „Eindringlicher hätte die Intention der EG-Kommission, sich eine genuin staatliche Aufgabe [Bekämpfung von Straftaten] zu eigen zu machen, wohl kaum formuliert werden können“. Die tatsächlichen Ziele finden sich weiterhin in den *travaux préparatoires*, vgl. nur die Meinung des juristischen Dienstes der KOM zu Rats-Dok. 8958/04: „*fins de la prévention, la recherche, la détection, la poursuite de délits et d’infractions pénales, y compris du terrorisme*“; SEC(2005) 420, S. 2; vgl. Meinung des juristischen Dienstes des Rates, Rats-Dok. 7688/05, Rdnr. 6. Für die Bundesrepublik vgl. BR-Drs. 723/05, S. 1 ff.

¹³⁰ So auch der in der Sache zuständige Berichterstatter des EP *Alvaro*, (Fn. 19), S. 55: „Absicht der [RL], den Terrorismus zu bekämpfen“; sowie u.a. *Schnabel*, Privacy and Data Protection in EC Telecommunications Law, in: Koenig u.a. (Hrsg.), EC Competition and Telecommunications Law, 2. Aufl. 2009, S. 523 f. *Murphy*, (Fn. 2), S. 15, spricht vom Ziel der „national security“. Schwer nachvollziehbar *Bignami*, (Fn. 3), S. 233, welche die RL hinsichtlich ihrer Zielrichtung als „first EU law to address data privacy in crime-fighting“ bezeichnet. Auch sie stellt allerdings ersichtlich auf den strafrechtlichen Charakter der RL ab.

management instrument“ in eine Reihe mit unter anderem dem Schengen Information System (I und II), Europol und Eurojust¹³¹ sowie den Fluggastdaten- und SWIFT-Übereinkommen stellt.¹³² Als Ziel der Richtlinie gibt die Kommission nunmehr „to enhance the investigation, detection and prosecution of serious crime by retaining telecommunication traffic and location data“ an,¹³³ die Kommissarin Malmström hat sie zuletzt als „valuable tool in fighting serious crime and terrorism“ bezeichnet.¹³⁴ Dies sind jedoch primär der vormaligen dritten, keinesfalls jedoch ersten Säule, unterfallende Angelegenheiten,¹³⁵ so dass eine diesbezügliche Binnenmarktharmonisierung ausgeschlossen sein muss.¹³⁶ Auch eine Gesamtbetrachtung des Bewertungsberichtes der Kommission stützt die hier vertretene Meinung nachhaltig, wird der Strafrechtsbezug der Materie doch aus dessen Ausführungen an zahlreichen Punkten ersichtlich. Ein anderes Ergebnis lässt sich im Übrigen auch nicht unter Bezugnahme auf Art. 95 Abs. 3 EGV erreichen, wie dies Generalanwalt Bot in seinen Schlussanträgen nahelegte.¹³⁷ Während Bot die Vorschrift so interpretierte, dass sie als kompetenzbegründende Norm Harmonisierungsmaßnahmen auch zur „Gewährleistung eines hohen Sicherheitsniveaus innerhalb der Gemeinschaft“ im Rahmen der Ersten Säule erlaube,¹³⁸ ist der Wortlaut nach ganz herrschender Meinung nicht im Sinne „öffentlicher Sicherheit“, sondern vielmehr so zu verstehen, als dass Harmonisierungsrechtsakte generell ein hohes Schutzniveau unter anderem in Hinblick auf Sicherheit im technischen und funktionalen Sinne gewährleisten sollen.¹³⁹

¹³¹ Beide im prä-Lissabon-System in der dritten Säule angesiedelt, vgl. Art. 30 und 31 EUV.

¹³² Siehe MEMO/10/349, S. 7 f.; in diesem Sinne bereits im Jahr des RL-Erlasses *Alvaro*, (Fn. 19), S. 52.

¹³³ MEMO/10/349, S. 7.

¹³⁴ SPEECH/11/280, (Fn. 16).

¹³⁵ So auch *Herlin-Karnell*, (Fn. 12), S. 1675 f.

¹³⁶ Bemerkenswert ist vor diesem Hintergrund der Rahmenbeschluss 2008/977/JHA, welcher im Übrigen die RL 2006/24/EG noch nicht einmal erwähnt.

¹³⁷ Schlussanträge GA Bot zu EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Nr. 97.

¹³⁸ Mit der bedenklichen Folge, dass sie somit gewissermaßen die Grenzen zwischen früherer erster und dritter Säule einreißt.

¹³⁹ Zutreffend *Herlin-Karnell*, (Fn. 12), S. 1681. Die englische Sprachfassung des EGV ist diesbezüglich normklarer formuliert gewesen, als sie nicht „security“ sondern „safety“ aufführte, was die hier vertretene Ansicht stützt; ebenso beispielhaft *Kahl*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 95 EGV, Rdnr. 28; *Leible*, (Fn. 100), Art. 95 EGV, Rdnr. 60. Im völligen Gegensatz zu Bot sehen *Schweitzer/Schroeder/Bock*, (Fn. 98), S. 39, in Art. 95 Abs. 3 EGV gar eine Schranke für den Gesetzgeber, um dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gerecht zu werden; bzw. *Bock*, (Fn. 99), S. 161, selbst eine Begrenzung der Harmonisierungskompetenz aus Art. 95 Abs. 1 EGV.

Festzuhalten ist folglich, dass der EuGH schon bereits mangels subjektiven Binnenmarktbezugs die Richtlinie 2006/24/EG für nichtig hätte erklären müssen. Wieso er sich mit seinem Urteil stattdessen einseitig auf die Binnenmarktkompetenz fokussiert hat, ist nicht nachvollziehbar.¹⁴⁰

b) Tatsächlicher objektiver Binnenmarktbezug

Darüber hinaus ist hinsichtlich ihres Regelungsgehaltes nicht nur ein subjektiver Binnenmarktbezug der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie nicht gegeben, vielmehr ist in ihr auch ein solcher objektiver zumindest erheblich anzuzweifeln.

Unbestreitbar ist, dass – entsprechend dem Vorbringen von Rat und Kommission¹⁴¹ sowie gemäß Erwägungsgrund 5 – einzelne Mitgliedstaaten bereits vor Erlass der Richtlinie nationale Maßnahmen zur Datenspeicherung auf Vorrat getroffen bzw. diese vorgesehen hatten.¹⁴² Auch das ursprüngliche Bestehen erheblicher Unterschiede zwischen diesen mitgliedstaatlichen Vorschriften ist augenscheinlich.¹⁴³ Dass die Vorratsdatenspeicherung für die verpflichteten Diensteanbieter sowie Netzbetreiber erhebliche Kosten¹⁴⁴ mit sich bringt, liegt auf der Hand. Diese Kosten entstehen einmalig durch den Aufbau der notwendigen

¹⁴⁰ Dies muss umso mehr vor dem Hintergrund des vom EuGH aufgestellten allgemeinen Grundsatzes, „wonach der verfügende Teil eines Rechtsakts untrennbar mit seiner Begründung verbunden und erforderlichenfalls unter Berücksichtigung der Gründe auszulegen ist, die zu seinem Erlass geführt haben“, gelten, vgl. EuGH, Rs. C-298/00P, *Alzetta*, Slg. 2004, I-4087, Rdnr. 97 m.w.N.

¹⁴¹ Vgl. EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Rdnrn. 40, 50 sowie dazu GA Bot, Nrn. 60, 65.

¹⁴² 2004 hatten diesbezüglich 10 von damals 25 Mitgliedstaaten verbindliche Vorschriften erlassen, wovon jedoch in „*about half of the MS*“ mangels Umsetzung eine Datenspeicherung tatsächlich nicht existierte, siehe SEC/2005/1131, S. 4.

¹⁴³ Vor allem bzgl. der Dauer – 3 Monate in den Niederlanden, 3 Jahre in Irland (das diesbezüglich Vorbringen der KOM einer Dauer von 4 Jahren in Irland ist fehlerhaft) – sowie der Anwendungsreichweite der Speicherung, SEC/2005/1131, S. 4; EuGH Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Rdnr. 50 sowie dazu GA Bot, Nr. 65.

¹⁴⁴ Der Branchenverband BITKOM sprach diesbezüglich ursprünglich für Deutschland pro Unternehmen von einem „hohen zweistelligen Millionenbetrag“, vgl. bereits 2004 *Hülsmann*, Gegen EU-Vorratsdatenspeicherung, Stellungnahme des Fiff e.V. und der DVD e.V. zur Vorratsdatenspeicherung für TK-Verkehrsdaten, DuD 2004, S. 736. Naturgemäß differieren diese Zahlen – sowie die in den folgenden Fn. aufgeführten Werte, was auch von der Größe des jeweils betroffenen Anbieters abhängig ist – je nach beteiligter Interessensgruppe. *Hülsmann* nennt für die Bundesrepublik für alle betroffenen Verpflichteten jährliche Mehrkosten in Höhe mehrerer Milliarden Euro. Die KOM beruft sich auf eine Studie, welche für „*internet service provider*“ mit einer halben Mio. Kunden Investitionskosten von 375.240 Euro und monatliche Unterhaltskosten von 9.870 Euro bescheinigt, KOM (2011) 225 endg., S. 31.

Infrastruktur¹⁴⁵ sowie jährlich durch Unterhalt und Wartung der Infrastruktur sowie durch Abfrage der Daten durch die Behörden.¹⁴⁶ Unterstellt, Telekommunikationsunternehmen würden in einem Mitgliedstaat mit erheblichen Mehrkosten belegt, da sie in diesem Staat zur Speicherung der bei ihnen angefallenen Verbindungsdaten verpflichtet sind, liegt der Schluss nahe, dass diese derartig verpflichteten Unternehmen gegenüber ihren Wettbewerbern in anderen, die Vorratsdatenspeicherung nicht oder in weniger gravierendem Maße vorsehenden, Mitgliedstaaten in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht in spürbarem Ausmaß benachteiligt sind.¹⁴⁷ Wettbewerbsverzerrungen wären diesbezüglich also nicht auszuschließen.¹⁴⁸ Auch erschiene eine Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit als möglich, mag es für ein EU-ausländisches Telekommunikationsunternehmen doch wirtschaftlich abschreckend wirken oder schlichtweg finanziell unmöglich sein, sich in einem Mitgliedstaat anzusiedeln, dessen Pflicht zur Vorratsdatenspeicherung erhebliche zusätzliche Investitionskosten verursachen würde. Diese Argumente könnten wohl für eine Beeinträchtigung des Funktionierens des Binnenmarktes sprechen. Dem ist jedoch zu entgegen, dass es einen europäischen Telekommunikations(binnen)markt als solchen (noch) nicht gibt¹⁴⁹: Telekommunikationsunternehmen operieren stets unter der Voraussetzung, dass eine Lizenz für jeden einzelnen Staat erworben wurde, unter dem Telekommunikationsrecht des jeweiligen Mitgliedstaats¹⁵⁰ und der Kontrolle seiner Behörden. Sieht beispielsweise Mitgliedstaat A nun für alle Anbieter auf seinem Markt eine Vorrats-

¹⁴⁵ Die Deutsche Telekom nennt diesbezüglich Investitionskosten von 180 Mio. Euro auf Grundlage einer Speicherdauer von 6 Monaten, *Hülsmann*, (Fn. 144), S. 736 m.w.N.

¹⁴⁶ Die Deutsche Telekom nennt diesbezüglich laufende Kosten von 40 Mio. Euro auf Grundlage einer Speicherdauer von 6 Monaten, *ibid.*

¹⁴⁷ Diesbezüglich kann das Argument von *Petri*, (Fn. 117), S. 214, die finanziellen Auswirkungen stellten nur eine Folge, nicht aber die eigentliche Zielsetzung der Datenspeicherung dar, nicht gelten. Es kann keinen Unterschied machen, ob eine potentielle Gefährdung des Binnenmarkts als Folge oder bereits direkt aus dem Ziel divergierender nationaler Vorschriften resultiert.

¹⁴⁸ Interessant ist vor diesem Hintergrund die Argumentation von *Leutheusser-Schnarrenberger*, (Fn. 6), S. 12, dass bei einer entsprechenden Annahme von Wettbewerbsverzerrungen aus solchem Grunde dieser Grundgedanke einer erforderlichen Harmonisierung auch auf die unterschiedlichen nationalen Steuersysteme, welche die Unternehmen in weitaus höherem Maße unterschiedlich belasteten, anwendbar sei und aus diesem Grunde bereits ausgeschlossen werden müsse. Dem ist jedoch vor dem Hintergrund der rein mitgliedstaatlichen Kompetenz, was die Ausgestaltung der jeweiligen Steuersysteme angeht, eine Absage zu erteilen.

¹⁴⁹ Dies ist an sich auch unbestritten. Zwar strebt die KOM einen entsprechenden Binnenmarkt an, gesteht allerdings ein, dieser sei „noch lange nicht verwirklicht“, IP/10/644, S. 1. Eine zur hier dargestellten Meinung gänzlich konträre Ansicht vertritt allerdings GA Bot in seinen Schlussanträgen zu EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Nr. 85, welcher wohl von einem bereits existierenden Binnenmarkt „für die elektronische Kommunikation“ ausgeht.

¹⁵⁰ Unter Beachtung des einschlägigen Unionsrechts.

datenspeicherung der anfallenden Daten (also am Ort der Bereitstellung) verpflichtend vor, ist nur schwer ersichtlich, woraus eine konkrete Wettbewerbsverzerrung zu erwachsen vermag: Wer nämlich als Wettbewerber auf dem Markt A auftritt, ist – unabhängig von seiner Staatszugehörigkeit – zur Datenspeicherung verpflichtet, mit den entsprechenden Folgekosten. Wer hingegen dem Markt A fernbleibt und sich stattdessen auf einen Marktauftritt in Mitgliedstaaten ohne Speicherpflicht konzentriert, tritt von Anfang an nicht als Wettbewerber im Markt A auf, da sich die Märkte nicht überschneiden. Nun ist es zunächst grundsätzlich niemandem verwehrt, in den Wettbewerb im Markt A einzutreten – mit den Konsequenzen einer Speicherpflicht –, ebenso wenig, wie bisher am Markt A tätige Anbieter gehindert sind, ihre Dienste ebenfalls auf einem nicht von der Speicherpflicht erfassten Markt anzubieten. Die Wettbewerbsbedingungen sind also für alle Anbieter im Prinzip gleich.¹⁵¹ Dennoch möchte ich die Möglichkeit einer spürbaren Auswirkung auf das Funktionieren der bestehenden Binnenmarktansätze im Telekommunikationsbereich vorliegend nicht notwendig im Vornherein verneinen. Dies hat zweierlei Gründe: Zunächst gibt es Telekommunikationsunternehmen, welche – teilweise lediglich auf regionaler Ebene – nur in einem Mitgliedstaat aktiv sind und solche, welche – zum Teil über Tochterfirmen – mehrere, wenn nicht alle, geographischen Märkte der EU bedienen.¹⁵² Für letztere mag es wirtschaftlich leichter zu verkraften sein, in einem Mitgliedstaat mit den dargestellten Kosten konfrontiert zu sein.¹⁵³ Dies betrifft zwar an sich ursächlich nationale Problemstellungen, unterfällt jedoch den wettbewerbsrechtlichen Kompetenzen der Union und vermag somit durch diese reguliert zu werden.¹⁵⁴ Der zweite und meiner Meinung nach überzeugendere Grund, eine spürbare Auswirkung auf das Funktionieren des Binnenmarktes als möglich anzusehen, ist die schiere Höhe der mit der Datenspeicherung verbundenen Kosten, welche wohl in der Tat zumindest kleineren Anbietern die Möglichkeit einer Ansiedlung in einem Staat,

¹⁵¹ Ähnlich *Gietl/Tomasic*, (Fn. 10), S. 798 f. Ihre Argumentation bzgl. einer eventuellen Wettbewerbsverzerrung vermag zwar nicht vollständig zu überzeugen, kommt jedoch zum selben Ergebnis.

¹⁵² Man denke an die Deutsche Telekom/T-Mobile International AG, France Télécom/Orange, die britische Vodafone Ltd oder Telefónica O2 Europe plc aus Spanien.

¹⁵³ Vgl. *Gietl*, (Fn. 26), S. 321; ähnlich *Alvaro*, (Fn. 19), S. 54; *Ziebarth*, Grundrechtskonforme Gestaltung der Vorratsdatenspeicherung: Überlegungen zu einer europa-, verfassungs- und datenschutzrechtskonformen Umsetzung, DuD 2009, S. 28; *Zöller*, (Fn. 114), S. 414. Zu beachten ist jedoch die sich diesen Anbietern stellende Herausforderung, sich vielfachen, unter Umständen voneinander abweichenden, nationalen Speicherungsverpflichtungen stellen zu müssen, was ihre Systeme des Datenverkehrs erheblich komplexer gestaltet, *Elizalde*, EU Data Retention Directive: An Onerous Burden on Service Providers, 2006, was wiederum beachtliche Kostenauswirkungen mit sich führt.

¹⁵⁴ Siehe dazu *Klotz*, The Application of EC Competition Law (Articles 81 and 82 EC) in the Telecommunications Sector, in: Koenig, (Fn. 130), S. 107 ff.; *Gietl/Tomasic*, (Fn. 10), S. 799 bzgl. einer Einschätzungsprärogative des europäischen Gesetzgebers.

welcher die Speicherung vorschreibt, bis hin zum faktischen Ausschluss zu erschweren vermag und somit grundfreiheitshemmend wirken kann, was zwingend eine Gefährdung des Binnenmarkts begründet. Bemerkenswert ist vor diesem Hintergrund, dass mit Finnland und dem Vereinigten Königreich zwei Staaten kleine Betreiber nicht zur Vorratsdatenspeicherung verpflichten, da die Kosten in keinem Verhältnis zu den Vorteilen der Speicherung stünden.

In Bezug auf die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie bleibt die Argumentation vor allem von Kommission und Rat hinsichtlich des objektiven Binnenmarktbezuges eher dünn.¹⁵⁵ Weder gelingt es, konkrete Zahlen oder Detailfakten zu nennen, noch wird die Gefährdung des Funktionierens des Binnenmarktes näher konkretisiert.¹⁵⁶ Die bloße Feststellung in Erwägungsgrund 6, Diensteanbieter sähen sich „mit unterschiedlichen Anforderungen [...] konfrontiert“ stellt nicht mehr als eine abstrakte Gefährdungslage dar und vermag meines Erachtens nicht zu überzeugen.¹⁵⁷ Diesbezüglich ist gar die Argumentation im ursprünglichen Entwurf des Rahmenbeschlusses erhellender, in dem es schlicht hieß, die unterschiedlichen Rechtsvorschriften beeinträchtigten „die Zusammenarbeit der für [...] Straftaten zuständigen Behörden“.¹⁵⁸ Vieles spricht also im konkreten Fall dafür, aufgrund der ungenügenden Rechtfertigung des Gemeinschaftsgesetzgebers auch den objektiven Binnenmarktbezug der Richtlinie zu verneinen.¹⁵⁹ Dies muss umso mehr gelten, als ein Binnenmarkt für Telekommunikation gegenwärtig nicht existiert.¹⁶⁰

¹⁵⁵ So auch *Terbechte*, (Fn. 11), S. 200. *Simitis*, (Fn. 31), S. 1784, spricht diesbezüglich von nicht mehr als „summarische[n] Hinweise[n]“.

¹⁵⁶ Ebenso *Ambos*, (Fn. 26), S. 471.

¹⁵⁷ Vgl. als Beispiel einer entsprechend fundiert dargelegten Gefährdungslage mit konkret benannten Auswirkungen – im Bereich der Harmonisierung im Urheberrecht – Erwägungsgrund 6 RL 2001/29/EG.

¹⁵⁸ Rats-Dok. 8958/04, S. 6.

¹⁵⁹ So wohl auch *Rossi*, (Fn. 79), S. 299; a.A. soweit ersichtlich nur *Frenz*, (Fn. 12), S. 374; sowie begründet mit den erheblichen Kosten *Gundel*, (Fn. 3), S. 542.

¹⁶⁰ Dass sich dieser im Aufbau befindet, kann vorliegend nichts zur Sache tun, da die dargestellte Gefahr jedenfalls nur abstrakter Natur ist. Auch ist nicht ersichtlich, wie eine Maßnahme wie die hier streitige über die mögliche Gewährleistung der Niederlassungsfreiheit hinaus zum Aufbau eines Telekommunikationsbinnenmarktes beizutragen vermag. Dass der Gemeinschaftsgesetzgeber dennoch, wie der EuGH korrekterweise mit seinem „Roaming“-Urteil in der Rs. C-58/08, *Vodafone u.a.*, Slg. 2010, festgehalten hat, befugt war, auf Grundlage des Art. 95 EGV verpflichtende Obergrenzen für Roaming-Gebühren (Großkunden- wie Endkundenentgelte) einzuführen (VO (EG) Nr. 717/2007), liegt demgegenüber gerade auch darin, dass es sich bei *Roaming* zwangsläufig um grenz- und märkteüberschneidende, mithin unionsweite, Sachverhalte handelt. Eine derartige Maßnahme ist – obgleich sie einen erheblichen Eingriff in die freien Marktkräfte konstituiert – nach hier vertretener Ansicht geeignet, zur Verwirklichung eines angestrebten europäischen Binnenmarktes für Telekommunikation beizutragen.

Im Übrigen ist zu bedenken, dass das Bejahen des objektiven Binnenmarktbezuges auch bei lediglich nebulös behaupteten, nicht aber tatsächlich konkretisierten oder nachweisbaren Gefahren für den Binnenmarkt, wie hier vom Gerichtshof erfolgt, hinsichtlich Maßnahmen mit irgendeinem wirtschaftlichen Bezug zu einer völligen Aushebelung der Säulentrennung zugunsten einer Zuständigkeit im Rahmen der Ersten Säule geführt hätte, selbst wenn der jeweilige (Haupt-)Zweck der Maßnahme der Zweiten oder, wie hier, dritten Säule zuzuordnen war.¹⁶¹

c) Zweck der Harmonisierungsmaßnahme

Schlussendlich ist festzuhalten, dass die Richtlinie 2006/24/EG unter Analyse ihres Regelungsgehalts auch objektiv den Zweck, die Bedingungen für das Funktionieren und das Errichten des Binnenmarktes und somit diesen selbst tatsächlich zu verbessern, nicht zu erreichen vermag. Dies liegt weniger daran, dass die Richtlinie in ihren Auswirkungen weniger zu einer Angleichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften als vielmehr zu der Etablierung neuer rechtlicher Verpflichtungen für eine Vielzahl von Mitgliedstaaten führte.¹⁶² Eine solche präventive Harmonisierung ist, wie oben dargestellt, zulässig und zudem geeignet, den Binnenmarkt zu verbessern. Dazu muss jedoch auch eine heterogene Entwicklung nationaler Rechtsvorschriften wahrscheinlich sein – wovon ausgegangen werden kann – und die fragliche Maßnahme deren Vermeidung bezwecken.¹⁶³ Vorliegend ist allerdings zu bemängeln, dass die Richtlinie in ihrem Regelungsgehalt erhebliche Lücken und Unklarheiten aufweist, welche dem Ziel einer Harmonisierung diametral entgegenstehen. Das Aufkommen beträchtlich voneinander abweichender nationaler Umsetzungsmaßnahmen vermochte die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie somit keineswegs zu vermeiden.¹⁶⁴ Verstärkt wird dies durch die großen Spielräume, welche die Vorschriften den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie in ihr nationales Recht lassen.¹⁶⁵

¹⁶¹ *Ambos*, (Fn. 26), S. 471.

¹⁶² So aber *Simitis*, (Fn. 31), S. 1784; wohl auch *Terhechte*, (Fn. 11), S. 200.

¹⁶³ EuGH, Rs. C-58/08, *Vodafone u.a.*, Slg. 2010, Rdnr. 33 m.w.N.

¹⁶⁴ Vgl. zu den Diskussionen im Frühstadium der Umsetzungsfrist Europäische Kommission, JLS D1/NK/D (2007) 4654; zu den Differenzen bei der Umsetzung den KOM-Bewertungsbericht zur RL 2006/24/EG, welcher die hier vorgetragene Argumentation deutlich bestätigt, KOM (2011) 225 endg., S. 6 ff.

¹⁶⁵ Anstelle vieler *Gitter/Schnabel*, (Fn. 8), S. 412. So auch KOM (2011) 225 endg., S. 37. Anders aber *Zöller*, (Fn. 114), S. 408, der in den einschlägigen Vorschriften der RL eine Festlegung „bis ins Detail“ zu sehen vermag.

(1) Speicherungsfristen

Diesbezüglich ist zunächst die Dauer der Vorratsdatenspeicherung, wie sie Art. 6 vorsieht, zu nennen. Die Speicherungsfristen sollen demnach zwischen sechs und 24 Monaten liegen. Der sich ergebende Maximalunterschied divergierender entsprechender nationaler Umsetzungsvorschriften mit einem Faktor von vier bewirkt zwischen den Mitgliedstaaten parallel zum jeweiligen Unterschiedsfaktor erheblich voneinander abweichende Betriebs- und Unterhaltskosten für die betroffenen Diensteanbieter.¹⁶⁶ Folgt man also der Argumentation des Gemeinschaftsgesetzgebers, dass die Richtlinie den Binnenmarkt verbessern soll, ist zu entgegnen, dass bereits der Spielraum hinsichtlich der Speicherungsfristen zwangsläufig zu Wettbewerbsverzerrungen aufgrund voneinander abweichender mitgliedstaatlicher Umsetzung führen muss.¹⁶⁷ Dies wiegt umso schwerer, als unter „besonderen Umständen“ gemäß Art. 12 Abs. 1 und 2 „für einen begrenzten Zeitraum“ erhebliche Abweichungen von der in Art. 6 genannten Höchstfrist möglich sind.¹⁶⁸ Die Richtlinie versäumt es allerdings, sowohl die „besonderen Umstände“ als auch den „begrenzten Zeitraum“ zu definieren. Den Mitgliedstaaten wird also gewissermaßen durch die Hintertür einer fragwürdig unklaren und unbestimmten Vorschrift in der Richtlinie die Möglichkeit eröffnet, nach ihrem Ermessen deutlich längere Speicherfristen einzuführen und als Folge daraus erhebliche diesbezügliche Verzerrungen des Wettbewerbs zu begründen,¹⁶⁹ was wiederum in größtmöglichem Kontrast zum vorgeblichen Harmonisierungsziel der Richtlinie steht.¹⁷⁰ Der Kommissionsbericht erkennt diese Mängel der Richtlinie zwar, kritisiert sie allerdings nicht hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf den Wettbewerb,

¹⁶⁶ Die Proportionalität von Speicherdauer und Kosten erkennt auch GA Bot in seinen Schlussanträgen zu EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Nr. 84, an.

¹⁶⁷ Diese Gefahr sah im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens auch die Kommission, vgl. SEC/2005/1131, S. 11. So auch u.a. *Murphy*, (Fn. 2), S. 13; *Terhechte*, (Fn.11), S. 203. In der Praxis ist u.a. Deutschland mit 6 Monaten am unteren Limit geblieben, während bspw. Polen auf alle Datenarten die 24-Monatsfrist eingeführt hat. In anderen Staaten wiederum differierend, abhängig von der Datenart (Telefonie oder Internet), vgl. KOM (2011) 225 endg., S. 16 f. Dieser Zustand „ändert den [früheren] unharmonisierten Zustand allenfalls nur marginal. Von Harmonisierung jedenfalls kann nicht gesprochen werden“, *Leutheusser-Scharrenberger*, (Fn. 6), S. 12.

¹⁶⁸ Falsch *Kleszczewski*, (Fn. 128), S. 21, welcher in den Art. 12 Abs. 1 RL darüber hinaus die Möglichkeit hineinliest, die Speicherung anderer Datenarten als in Art. 5 benannt, zuzulassen. Diese Interpretation findet in Art. 12 keinerlei Rückhalt.

¹⁶⁹ Polen hatte daher angekündigt, entsprechende Maximalfristen von 15 Jahren einzuführen, vgl. *Westphal*, (Fn. 103), S. 717 m.w.N., was den Unterschiedsfaktor auf maximal 30 erhöhen würde. *Alvaro*, (Fn. 19), S. 53, 55, befürchtet gar, dass Art. 12 dazu führt, dass „der Speicherfrist nach oben hin keine wirkliche Grenze gesetzt wird“.

¹⁷⁰ Im Kontrast dazu ist allerdings darauf hinzuweisen, dass der ursprüngliche RL-Vorschlag der Kommission, KOM (2005) 438 endg., in Art. 7 klare Fristen von ausnahmslos 12 Monaten für Telekommunikations- und 6 Monaten für Internetdaten vorgesehen hatte.

sondern lediglich hinsichtlich der Konsequenzen auf die unionsweite Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit.¹⁷¹

(2) Zugriffsberechtigte Behörden, Zugangsvoraussetzungen

Ausgehend von Art. 4 und 8 bleibt daneben undefiniert, welche Behörden unter welchen Voraussetzungen zum Zugriff auf die gespeicherten Daten berechtigt sind. Der Wortlaut der Vorschriften spricht diesbezüglich lediglich von „zuständigen nationalen Behörden“, welche in „bestimmten Fällen“ Zugang zu den Daten haben. Die konkrete Bestimmung der „zuständigen“ Behörden sowie der diesbezüglich zu beachtenden sachlichen und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen verbleibt allerdings bei den Mitgliedstaaten. Angesichts der unpräzisen Vorgaben in der Richtlinie ist es zu sowohl qualitativ als auch quantitativ erheblichen Umsetzungsunterschieden zwischen den Mitgliedstaaten gekommen, vor allem was Anzahl und Charakter der zuständigen Behörden angeht.¹⁷² Eine derartige Ungenauigkeit ist insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Europäische Parlament einen Änderungsantrag, welcher diesbezüglich Normklarheit gebracht hätte, in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht hatte,¹⁷³ ebenso unglücklich wie unnötig. Binnenmarktrelevant ist dabei in erster Linie die Tatsache, dass die Höhe der Kosten für die Telekommunikationsunternehmen zumindest mittelbar mit der Anzahl der zugriffsberechtigten Behörden korreliert, da davon auszugehen ist, dass bei einer vergleichsweise höheren Anzahl Zugriffsberechtigter auch die Anzahl der Zugriffe höher liegt. Dies wiederum lässt die Kosten ansteigen, ist doch jeder Zugriff mit finanziellem Aufwand verbunden,¹⁷⁴ was sich wiederum in Wettbewerbsverzerrungen in den jeweiligen Mitgliedstaaten niederschlägt.¹⁷⁵ Selbiges gilt entsprechend, wenn der Begriff der „bestimmten Fälle“ in einigen Mitgliedstaaten weiter ausgelegt wird als dies in anderen Staaten geschieht.¹⁷⁶ Die Kommission hat in ihrem Bewertungsbericht die Problematik angesprochen und will eine diesbezüglich stärkere Harmonisierung prüfen.¹⁷⁷

¹⁷¹ KOM (2011) 225 endg., S. 16 ff.

¹⁷² Siehe KOM (2011) 225 endg., S. 11 ff. Demnach haben zwischen den Staaten differierend nationale Polizei, Staatsanwaltschaft, Sicherheits- und Geheimdienste, Militär bis hin zu Steuer-, Zoll- und Grenzkontrollbehörden Zugang zu den Daten. Zur Problematik bereits *Westphal*, (Fn. 103), S. 716.

¹⁷³ EP-Dok. A6-0365/2005, S. 13, Änderungsantrag 21, welcher „zuständige nationale Behörden“ als „Justizbehörden und nationale [...] Behörden, die für die Feststellung, Ermittlung und Verfolgung für Straftaten zuständig sind“ definierte.

¹⁷⁴ So *Goodall*, Short Lines: Data Retention Directive, 2007, Pkt. 7; *Ringland*, (Fn. 112), S. 3.

¹⁷⁵ So auch *Murphy*, (Fn. 2), S. 12.

¹⁷⁶ A.A. aber *Vogel*, (Fn. 19), S. 89, der diesbezüglich auf die Zweckbindung der RL aus deren Art. 1 Abs. 1 verweist. Dies kann allerdings vor dem Hintergrund, dass die Vorschrift nicht normklar ist, nicht überzeugen, siehe dazu sogleich.

¹⁷⁷ KOM (2011) 225 endg., S. 25.

(3) „Schwere Straftaten“ als Auslöser eines Zugriffs

Eng mit dem Vorgesagten verbunden ist weiterhin die Tatsache, dass die Richtlinie ebenfalls versäumt, „schwere [...] Straftaten“ gemäß ihres Art. 1 zu definieren. Dies ist auf den ersten Blick konsequent, handelt es sich bei der Richtlinie nach vorgeblicher Intention des Gemeinschaftsgesetzgebers ja gerade nicht um ein Instrument im Rahmen der vormaligen dritten Säule, sondern um eine Maßnahme zur Verbesserung des Binnenmarktes.¹⁷⁸ An dieser Stelle scheint sich die Katze aber nunmehr gewissermaßen selbst in den Schwanz zu beißen: Eine klare Definition der schweren Straftaten als den Zugriff auslösende Anlasstaten könnte den Rechtsakt aus Sicht des Gesetzgebers noch stärker in eine ohnehin bestehende gefährliche Nähe zur PJZS rücken. Ohne eine solche Definition droht jedoch aufgrund der historisch bestehenden interpretatorischen Unterschiede des Begriffs der schweren Straftaten die begründete Gefahr, dass das vorgebliche Ziel der Binnenmarktverbesserung durch Harmonisierung verfehlt wird, was wiederum den Gesetzgeber (noch) unglaublich(er) erscheinen lässt. Je weiter nämlich das Begriffspaar in den Mitgliedstaaten ausgelegt wird, desto größer ist die Anzahl der Anlässe für einen Zugriff auf die gespeicherten Daten.¹⁷⁹ Dies wiederum konstituiert entsprechend den obigen Ausführungen Wettbewerbsverzerrungen in den betroffenen Staaten. Vor diesem Hintergrund hätte das Begriffspaar der „schweren Straftaten“ zwingend definiert werden müssen, um dem Harmonisierungswillen des Gesetzgebers Geltung zu verschaffen.¹⁸⁰ Das Ausbleiben einer solchen Definition steht einer Binnenmarktharmonisierung diametral entgegen.¹⁸¹ Die Kommission hat den entsprechenden Handlungsbedarf in ihrem Bewertungsbericht eindringlich dargelegt.¹⁸²

¹⁷⁸ So *Jenny*, Eile mit Weile: Vorratsdatenspeicherung auf dem Prüfstand, Zwischenbilanz und Ausblick zur Eilentscheidung des BVerfG, CR 2008, S. 285.

¹⁷⁹ In Schweden bspw. zählt bereits die Internetpiraterie zu den schweren Straftaten, *Alvaro*, (Fn. 19), S. 55. Hinsichtlich der Umsetzung gilt für Deutschland, dass bereits jegliche mittels Telekommunikation begangenen Straftaten umfasst sind, vgl. § 100g Abs. 1 Nr. 2 StPO, womit dort auch minderschwere Straftaten Anlass für einen Zugriff zu geben vermögen, so auch *Westphal*, (Fn. 103), S. 716, was den Katalog der Anlasstaten in der Praxis erheblich ausweitet. In Tschechien, UK und Dänemark dürfen die Daten zu jeglicher Strafverfolgung genutzt werden, in Dänemark sogar präventiv, *Forgó u.a.*, Die Umsetzung der Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung: Europa tut sich schwer, DuD 2008, S. 682.

¹⁸⁰ Die KOM hatte im Zusammenhang mit dem Erlass der RL in einer Erklärung erfolglos vorgeschlagen, die Liste der Straftaten nach dem Europäischen Haftbefehl zu berücksichtigen, vgl. KOM (2011) 225 endg., Fn. 41.

¹⁸¹ So *Westphal*, (Fn. 103), S. 716.

¹⁸² KOM (2011) 225 endg., S. 4, 7, 39.

(4) Kostentragungslast der Telekommunikationsunternehmen

Völlig fehlt in der Richtlinie eine Vorschrift, welche die erhebliche Kostentragungslast der Telekommunikationsunternehmen berücksichtigt und normiert, ob und inwieweit eine Erstattung dieser Kosten durch die Mitgliedstaaten vorgesehen oder ausgeschlossen ist. Diese – auch grundrechtsrelevante¹⁸³ – Regelungslücke ist völlig unverständlich: Wenn nämlich die Intention des Gemeinschaftsgesetzgebers tatsächlich eine Verbesserung des Binnenmarktes durch Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen gewesen wäre, so wäre es nach hier vertretener Ansicht bereits völlig ausreichend gewesen, als milderes Mittel zur Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie einen Rechtsakt zu erlassen, welcher ausschließlich eine Pflicht der Mitgliedstaaten zur Erstattung der durch eine Vorratsdatenspeicherung entstehenden Kosten kodifiziert hätte, ohne aber darüber hinaus eine solche Pflicht zur Speicherung festzuschreiben.¹⁸⁴ Bereits durch einen solchen Rechtsakt hätten jegliche Wettbewerbsverzerrungen wirksam ausgeschlossen werden können, da im Ergebnis keinem Netzbetreiber zusätzliche, möglicherweise aber von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat variierende, Kosten aufgebürdet worden wären. Vor diesem Hintergrund ist es aberwitzig, stattdessen einen Rechtsakt zu erlassen, welcher vielmehr eine Speicherungspflicht etabliert, ohne auch nur im Ansatz auf die Kostenproblematik einzugehen.¹⁸⁵ Der Gesetzgeber ist dadurch enttarnt: Wären die Kosten, welche ja in erster Linie einer vorgeblichen Binnenmarktgefährdung zugrunde lagen,¹⁸⁶ tatsächlich ursächlich für vorliegende Richtlinie gewesen,

¹⁸³ Vgl. *Hammerstein*, Kostentragung für staatliche Überwachungsmaßnahmen nach der TKG-Novelle, MMR 2004, S. 224 ff.; *Sierck/Schöning/Pöhl*, Zulässigkeit der Vorratsdatenspeicherung nach europäischem und deutschem Recht, Gutachten der wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages, 2006, S. 12 f.

¹⁸⁴ Ähnlich *Petri*, (Fn. 117), S. 214, welcher jedoch verkennt, dass dem Subsidiaritätsprinzip entsprechend ein solcher Rechtsakt durchaus auf Gemeinschaftsebene hätte erlassen werden können. Abzulehnen ist das sich „aufdrängende“ mildere Mittel von *Gietl/Tomasic*, (Fn. 10), S. 800, lediglich einen einheitlichen Speicherstandard einzuführen, ohne auch eine Speicherpflicht festzulegen: Diese Ansicht verkennt die dann möglichen differierenden Wettbewerbsvoraussetzungen zwischen Staaten mit Speicherungspflicht und Staaten ohne eine solche.

¹⁸⁵ Dies auch vor dem Hintergrund, dass einer Kostenerstattungsregel erhebliche Bedeutung hinsichtlich der Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zukommt, vgl. BR-Drs. 723/05, S. 6 a.E. Ähnlich BT-Drs. 15/4748, S. 4 f.

¹⁸⁶ Die einschlägigen Erwägungsgründe 5 und 6 benennen zwar nicht die Kosten selbst, aber die diesen notwendigerweise zugrundeliegenden divergierenden Voraussetzungen; die Kostenfrage findet sich zudem in den *travaux préparatoires*, vgl. EP-Dok. A6-0174/2005, S. 8 f.; Europäischer Datenschutzbeauftragter, 2005/C 298/01, S. 9 f.; Rats-Dok. 6598/06, S. 5. Der RL-Vorschlag der Kommission, KOM (2005) 438 endg., sah in seinem Art. 10 eine Kostenerstattungspflicht durch die Mitgliedstaaten explizit vor, entsprechende erweiternde Änderungsanträge durch das EP finden sich im EP-Dok. A6-0365/2005, S. 27. Die unverständliche Streichung der Vorschrift findet sich erstmals im Rats-Dok. 15449/05, S. 16, zugestimmt vom EP mit EP-Dok. P6_TA(2005)0512 sowie P6_TC1-COD(2005)0182.

hätten sie zwingend in dieser berücksichtigt werden müssen.¹⁸⁷ Der Richtlinie kann also bei logischer Betrachtung das Ziel einer Binnenmarktverbesserung gar nicht zugrunde gelegen haben. Dass dieses Ziel durch die Richtlinie auch keineswegs erreicht werden kann, zeigt sich im Übrigen ebenfalls aus vorliegender Regelungslücke: Während in Folge der ihnen diesbezüglich durch die Richtlinie gelassenen Entscheidungsfreiheit einige wenige Mitgliedstaaten eine Erstattung der anfallenden Kosten der Vorratsdatenspeicherung – teilweise unter Voraussetzungen¹⁸⁸ – gesetzlich vorsehen, hat der Großteil der Staaten eine entsprechende Kostenübernahme nicht eingeführt¹⁸⁹ oder lediglich auf durch konkrete Auskunftersuchen entstehende Kosten eingeschränkt.¹⁹⁰ Diese im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie auftretenden Diskrepanzen zwischen den Mitgliedstaaten konterkarieren letztlich den vorgeblichen Sinn der Richtlinie endgültig, sind sie doch geeignet, mögliche Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Staaten erst recht zu begründen oder aber erheblich zu verstärken.¹⁹¹ Aufgrund der dadurch entstehenden Rechtsunsicherheit – nicht aber aus wettbewerbsrechtlichen Bedenken (!) – erkennt die Kommission die Notwendigkeit einer Vereinheitlichung der Frage der Kostenerstattung in ihrem Bewertungsbericht ausdrücklich an.¹⁹²

(5) Weitere Unstimmigkeiten

Daneben treten weitere Ungereimtheiten, welche dagegen sprechen, dass die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie objektiv ihr vorgegebenes Ziel einer Verbesserung des Binnenmarkts zu erreichen vermag.

So ist zum einen ausweislich des Erwägungsgrunds 23 eine Harmonisierung der Technologien für die Vorratsdatenspeicherung gerade nicht vorgesehen. Der Wort-

¹⁸⁷ So auch *Braum*, (Fn. 80), S. 175, welcher allerdings generell die Erheblichkeit des Kostenfaktors bezweifelt; a.A. aber der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss, 2006/C 69/04, S. 19.

¹⁸⁸ Im Vereinigten Königreich ist ein Kostenersatz zwar vorgesehen, allerdings unter der Voraussetzung der vollständigen Erfüllung der Speicherpflichten wie national vorgesehen, *Forgó u.a.*, (Fn. 179), S. 680.

¹⁸⁹ Zur verfassungsrechtlichen Bedenklichkeit dessen vgl. *Breyer*, (Fn. 7), S. 216 m.w.N.

¹⁹⁰ Wie Deutschland ausgehend vom JVEG eine maximale Entschädigung von 17 Euro pro Stunde vorsieht, jedoch ohne einen Ersatz der Investitionskosten, vgl. *Brinkel/Lammers*, Innere Sicherheit auf Vorrat? – Ein erster Blick auf die Vorratsdatenspeicherung in Deutschland, ZUM 2008, S. 21. Dazu KOM (2011) 225 endg., S. 32 f.

¹⁹¹ So auch *Murphy*, (Fn. 2), S. 13; *Ziebarth*, (Fn. 153), S. 28; *Zöller*, (Fn. 114), S. 414 m.w.N. Diese Gefahr erkennt auch *Gundel*, (Fn. 3), S. 546, an, welcher dem Urteil des EuGH zustimmend gegenübersteht. Als Reaktion darauf sieht der Bewertungsbericht der KOM (2011) 225 endg., S. 38 die Notwendigkeit der Vereinheitlichung der Kostenerstattung.

¹⁹² *Ibid.*

laut legt das Subsidiaritätsprinzip als zugrundeliegende Ursache dafür nahe. Gerade ausgehend von grenzüberschreitenden Telekommunikationsvorgängen, welche eine Datenverarbeitung und respektive Speicherung in beiden Mitgliedstaaten erforderlich machen können, ist es jedoch nur schwer verständlich, wie die kostenrelevante Problematik der einer Speicherung zugrundeliegenden Technologien auf mitgliedstaatlicher Ebene mindestens gleich gut wie auf Unionsebene geregelt zu werden vermag.¹⁹³ Vollends unverständlich wird der genannte Harmonisierungsverzicht vor dem Hintergrund des Erwägungsgrunds 6,¹⁹⁴ welcher deutlich die rechtlichen wie technischen Unterschiede zwischen den mitgliedstaatlichen Vorschriften als den Binnenmarkt beeinträchtigend ausmacht.

Unklar bleibt die Richtlinie trotz ihrer in Art. 3 statuierten generellen Pflicht zur Datenspeicherung auch hinsichtlich der Frage der Speicherungspflicht von Daten von Anrufen, bei denen keine Verbindung zustande kommt, sowie bei Standortdaten von eingeschalteten Mobiltelefonen im Stand-by-Betrieb.¹⁹⁵ Hier steht es den Mitgliedstaaten, wie aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 hervorgeht, frei, die Speicherungspflicht auf diese Daten zu erstrecken.¹⁹⁶ Vor allem im Hinblick auf Standortdaten von Mobiltelefonen betrifft dies eine gewaltige Datenmasse, welche wiederum einen erheblichen Kostenfaktor darzustellen geeignet ist.¹⁹⁷ Um diesbezügliche Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, hätte die Richtlinie den Mitgliedstaaten entweder eine klare Pflicht zur entsprechenden Speicherung auferlegen oder diese Speicherung verbindlich ausschließen müssen.

Festzuhalten bleibt, dass die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie ihren Zweck, durch Harmonisierung den Binnenmarkt zu verbessern, keineswegs zu erreichen vermag.¹⁹⁸ Von der ursprünglichen, aus dem Kommissionsentwurf auch ersichtlichen, (vorgelassenen) Zielsetzung ist letztlich nichts übriggeblieben.¹⁹⁹ Die zahlreichen Ungenauigkeiten, Regelungslücken und zu großen Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten führen vielmehr zu dem unvereinbaren Ergebnis, dass die

¹⁹³ Ähnlich *Otto/Seitlinger*, (Fn. 2), S. 230.

¹⁹⁴ Auf den sich im Übrigen im Verfahren vor dem EuGH das Parlament, der Rat wie auch *GA Bot* in seinen Schlussanträgen berufen.

¹⁹⁵ Vgl. *Vogel*, (Fn. 19), S. 87.

¹⁹⁶ Die Kommission scheint in ihrem Bewertungsbericht allerdings von einer Speicherpflicht dieser Daten auszugehen, KOM (2011) 225 endg., S. 16.

¹⁹⁷ Die Proportionalität von umfassten Datenarten und Kosten erkennt auch *GA Bot* in seinen Schlussanträgen zu EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Nr. 84, an.

¹⁹⁸ So auch *Goodall*, (Fn. 174), Pkt. 10; *Murphy*, (Fn. 2), S. 14; *Otto/Seitlinger*, (Fn. 2), S. 229; *Terhechte*, (Fn. 11), S. 203. *Elizalde*, (Fn. 153), charakterisiert die RL gar als „an onerous burden on service providers“. A.A. *Gietl/Tomasic*, (Fn. 10), S. 800, welche übersehen, dass die RL die Speicherpflichten zwar angleicht, gleichzeitig aber erhebliche neue Unterschiede begründet.

¹⁹⁹ So zutreffend *Breyer*, (Fn. 7), S. 215; *Graulich*, (Fn. 4), § 113a, Rdnr. 5.

Richtlinie eher neue Wettbewerbsverzerrungen begründet und bestehende verstärkt hat.²⁰⁰ Vor allem vor dem Hintergrund möglicher überschießender Umsetzungen, wie dies beispielsweise in Deutschland erfolgt ist,²⁰¹ verfehlt sie ihr vorgebliches Ziel um Meilen. Der als „chaotisch“ bewertete²⁰² gesamteuropäische Umsetzungsprozess bestätigt dies eindrücklich.

d) Konklusion: Keine Vereinbarkeit der Richtlinie mit Art. 95 EGV hinsichtlich ihres Ziels und Inhalts, die Vorratsdatenspeicherung einzuführen

Aus obigen Ausführungen ergibt sich deutlich, dass die Richtlinie 2006/24/EG in Bezug auf die mit ihr bezweckte Einführung der Vorratsdatenspeicherung, um den Binnenmarkt zu verbessern, keineswegs mit Art. 95 EGV und dessen Voraussetzungen vereinbar ist. So fehlt es mit seltener Deutlichkeit, wie sowohl aus ihren Erwägungsgründen als auch Bestimmungen hervorgeht und wie sich weiterhin aus den nicht aufgenommenen Regelungsgehalten schließen lässt, bereits am tatsächlichen gesetzgeberischen Willen, mit der Richtlinie primär eine Binnenmarktharmonisierung zu erreichen. Mag man dem ursprünglichen Entwurf der Kommission einen solchen Willen noch zusprechen, ist spätestens mit der Streichung der Kostenerstattungspflicht durch den Rat und zahlreiche durchgesetzte Umsetzungsfreiräume für die Mitgliedstaaten weder ein solcher primärer Wille mehr zu erkennen noch ein entsprechendes Ziel objektiv durch die Richtlinie zu erreichen.²⁰³ Der Binnenmarkt wird zwar reflexhaft durch die Richtlinie geregelt,²⁰⁴ verbessert wird er hingegen keineswegs. Zudem ist der tatsächliche objektive Binnenmarktbezug des Rechtsakts zumindest erheblich anzuzweifeln. Dass diese Zweifel begründet sind, belegt der Bewertungsbericht der Kommission eindrücklich. Als Ergebnis steht, dass ein Rechtsakt wie die Richtlinie 2006/24/EG, welcher die Pflicht zur Speicherung von Daten auf Vorrat verbindlich festlegt, in dieser Form keineswegs auf Art. 95 EGV gestützt erlassen werden konnte.

²⁰⁰ So auch *Gitter/Schnabel*, (Fn. 8), S. 412.

²⁰¹ Siehe *Graulich*, Telekommunikationsgesetz und Vorratsdatenspeicherung, NVwZ 2008, S. 486; *Jenny*, (Fn. 178), S. 284 f.

²⁰² *Forgó u.a.*, (Fn. 179), S. 682.

²⁰³ Ebenso *Kleszczewski*, (Fn. 128), S. 22.

²⁰⁴ *Zöller*, (Fn. 114), S. 409; *Giell/Tomasic*, (Fn. 10), S. 800: „eine im Kern sicherheitsrechtliche Regelung, die in binnenmarktkonformer Weise umgesetzt wird“.

2. Ziel und Inhalt hinsichtlich der Änderung der Richtlinie 2002/58/EG

Deutlich unproblematischer ist die Frage der Vereinbarkeit der Richtlinie 2006/24/EG mit Art. 95 EGV hinsichtlich (und ausschließlich) ihrer die Richtlinie 2002/58/EG abändernden Funktion. Letztere war auf unbestrittener Grundlage des Art. 95 EGV erlassen worden.

Festzuhalten bleibt zunächst, dass die Richtlinie 2006/24/EG mit ihrem dargelegten Regelungsschwerpunkt, anders als von Generalanwalt *Bot* und Gerichtshof argumentiert,²⁰⁵ nicht in das System der datenschützenden Richtlinien 95/46/EG sowie 2002/58/EG einzuordnen ist.²⁰⁶ Während die Datenschutz- sowie die elektronische-Kommunikation-Datenschutzrichtlinie einen klar datenvermeidenden Charakter hatten, liegt der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie demgegenüber deutlich diametral der Gedanke der Datensammlung aus Strafverfolgungsgründen zugrunde. Mit anderen Worten: Die Richtlinie ist der erste Rechtsakt, welcher die umfassende Speicherung von Telekommunikationsdaten gänzlich gemeinschaftsrechtlich geregelt hat. Sie modifiziert mit ihrem Art. 11 die vorausgegangene Datenschutzrichtlinie letztlich zwangsläufig nur insoweit, als sie deren grundsätzliches Verbot der verdachtsunabhängigen Vorratsdatenspeicherung aufhebt²⁰⁷ und den Ausnahmefall des Art. 15 Abs. 1 Richtlinie 2002/58/EG zum Normalfall erhebt. Darüber hinaus begründet sie jedoch eine neue, eigene Regelungsmaterie. Daraus folgt, dass sie hinsichtlich und aufgrund ihres eigenen Regelungsgehalts selbst die Richtlinie 2002/58/EG nicht abändert und somit (auch) aus diesem Grunde nicht als Ganzes auf Grundlage des Art. 95 EGV erlassen werden konnte.²⁰⁸

Etwas anderes gilt jedoch (nur) hinsichtlich der mit vorgenanntem Art. 11 Richtlinie 2006/24/EG erfolgten Änderung des Art. 15 Abs. 1 Richtlinie 2002/58/EG. Diese Vorschrift mit Ausnahmecharakter hatte den Mitgliedstaaten die Möglichkeit gegeben, unter engen Voraussetzungen zu Zielen ähnlich denen der Richtlinie 2006/24/EG Daten zeitlich begrenzt auf Vorrat zu speichern. Die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie kodifizierte anstelle dieser im Ermessen der Mitgliedstaaten stehenden Berechtigung in Ausnahmefällen eine grundsätzliche

²⁰⁵ Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Nr. 93 f.; EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Rdnr. 73 ff.; so auch *Herlin-Karnell*, (Fn. 12), S. 1669.

²⁰⁶ *Terbechte*, (Fn. 11), S. 200: „Fundamentale[r] Wechsel der Zielrichtung“. Ebenso *Bignami*, (Fn. 3), S. 233, welche die RL allerdings schwer nachvollziehbar als „first EU law to address data privacy in crime-fighting“ charakterisiert; *Braum*, (Fn. 80), S. 176; *Giell*, (Fn. 26), S. 317.

²⁰⁷ So *Gitter/Schnabel*, (Fn. 8), S. 412.

²⁰⁸ Ebenso *Kleszczewski*, (Fn. 128), S. 23; unklar, aber wohl in die hier vertretene Richtung tendierend *Jenny*, (Fn. 178), S. 286; dogmatisch zweifelhaft abspielend auf die mangelnde Schaffung eines gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Art. 15 RL 2002/58/EG, aber im Ergebnis gleich BT-Drs. 16/1622, S. 5; a.A. Rats-Dok. 7688/05, S. 7 ff.

Pflicht zur Speicherung. Nur hinsichtlich dieses in seinem Regelungsgehalt begrenzten „weiteren Schritt[s]“²⁰⁹ hätte demzufolge, Art. 47 EUV Rechnung tragend, Art. 95 EGV richtigerweise als Rechtsgrundlage herangezogen werden können.²¹⁰

Wie auch Generalanwalt *Bot* zugesteht,²¹¹ mag diese Aufspaltung des Inhalts der Richtlinie 2006/24/EG konstruiert wirken. Vor dem Hintergrund aber, dass der Hauptregelungsgehalt der Richtlinie, wie im Anschluss im Überblick dargestellt, in der Dritten Säule zu verorten ist, Art. 47 EUV hinsichtlich der Änderung der Richtlinie 2002/58/EG aber keine andere Rechtsgrundlage als Art. 95 EGV zulässt, ist diese Aufspaltung unumgänglich.²¹²

3. Zusammenfassendes Ergebnis

Entsprechend den obigen Ausführungen lässt sich festhalten, dass aus zahlreichen Gründen die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie als Ganze keineswegs auf der Rechtsgrundlage des Art. 95 EGV erlassen werden konnte. Lediglich der Regelungsgehalt ihres Art. 11, mit dem Art. 15 Richtlinie 2002/58/EG abgeändert wurde, konnte und musste wegen Art. 47 EUV rechtmäßig im Rahmen der ersten Säule, gestützt auf Art. 95 EGV, erlassen werden.

D. Existenz einer Rechtsgrundlage für die Vorratsdatenspeicherung im EUV

Schließlich soll in aller Kürze dargestellt werden, warum der primäre Regelungsgehalt der Richtlinie 2006/24/EG nicht nur nicht auf Art. 95 EGV gestützt werden konnte, sondern gar nicht im Rahmen der ersten Säule hätte ergehen dürfen. Die richtige Rechtsgrundlage wäre vielmehr, wie von Irland vor dem Gerichtshof argumentiert, in der dritten Säule, der PJZS, zu finden gewesen.

²⁰⁹ Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Nr. 93.

²¹⁰ Ebenso *Terhechte*, (Fn. 11), S. 201.

²¹¹ Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Nrn. 93, 107 f., wobei *Bot* die Grenzsetzung zugunsten des Art. 95 EGV verschiebt, um den Erlass der RL 2006/24/EG auf dessen Rechtsgrundlage zu rechtfertigen.

²¹² Für eine solche Doppellösung eines Hauptrechtsakts im Rahmen der dritten sowie eines Nebenrechtsakts mit dem Inhalt des Art. 11 RL 2006/24/EG im Rahmen der ersten Säule auch *Westphal*, (Fn. 103), S. 713.

I. Hauptargumentation des Generalanwalts und des EuGH

Auf den ersten – flüchtigen – Blick mag die gegenteilige Argumentation Generalanwalts *Bot*, welcher der EuGH sich angeschlossen hat, nachvollziehbar wirken. Die Richtlinie regle durchweg Erhebung, Speicherung und Verarbeitung personenbezogener Daten, welche bei Telekommunikationsvorgängen anfallen, die von Telekommunikationsunternehmen, mithin Privaten, angeboten werden.²¹³ Folglich sei – wie widerlegt – der Binnenmarkt betroffen. Darüber hinaus gehöre der „Zugang zu den Daten oder deren Nutzung durch die Polizei- und Justizbehörden der Mitgliedstaaten“²¹⁴ nicht zum Regelungsgehalt der Richtlinie, stattdessen betreffe diese ausschließlich Tätigkeiten, welche „unabhängig von der Durchführung jeder eventuellen Maßnahme polizeilicher oder justizieller Zusammenarbeit in Strafsachen sind“.²¹⁵ Oder, wie Generalanwalt *Bot* schreibt: „[D]ie in der [Richtlinie] vorgesehenen Maßnahmen [umfassen] kein unmittelbares Eingreifen der Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten“.²¹⁶

II. Verwerfung dieser Argumentation des Generalanwalts und des EuGH

1. Übernahme genuin staatlicher Aufgaben durch Diensteanbieter

Diese Argumentation von Generalanwalt und EuGH verfehlt letztlich jedoch den eigentlichen Kern der Richtlinie. Deren Regelungsbereiche sind zwar tatsächlich „eng mit der Ausübung der Geschäftstätigkeit der Anbieter“²¹⁷ verbunden. Diese werden durch die Richtlinie letztlich aber zur Übernahme *genuin* dem Staat zustehender Aufgaben im Bereich des Strafrechts verpflichtet.²¹⁸ Das Bundesverfassungsgericht charakterisiert die privaten Diensteanbieter gar als „Hilfspersonen für die Aufgabenerfüllung durch staatliche Behörden“.²¹⁹

²¹³ So zusammenfassend *Simitis*, (Fn. 31), S. 1782; vgl. Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Nr. 102 a.E.

²¹⁴ EuGH Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Rdnr. 80; GA *Bot* schreibt in seinen Schlussanträgen, Nr. 103, diesbezüglich von einem „Stadium vor der eventuellen Durchführung einer Maßnahme der [P]JS“.

²¹⁵ EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Rdnr. 83.

²¹⁶ GA *Bot* zu EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Nr. 102.

²¹⁷ EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Rdnr. 82.

²¹⁸ Anstelle vieler *Brinkel/Lammers*, (Fn. 190), S. 22 m.w.N.

²¹⁹ BVerfG, Az. 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08, Urteil v. 2.3.2010, Rdnr. 193. Konsequenterweise charakterisiert *Petri*, (Fn. 117), S. 215, aus der Perspektive der betroffenen Teilnehmer die Erfassung ihrer Verkehrsdaten als hoheitlichen Eingriff.

Es ist zwar richtig, dass die Diensteanbieter einige, nicht jedoch alle,²²⁰ der entsprechenden anfallenden Daten aus Gründen der Rechnungsstellung ohnehin für einen begrenzten Zeitraum speichern. Ein eigenes Interesse bzw. eine betriebliche Notwendigkeit, diese und weitere Daten deutlich über diesen Zeitraum hinaus verfügbar zu halten bzw. diese darüber hinausgehend an staatliche Stellen herauszugeben, besteht bei ihnen allerdings nicht.²²¹ Die durch die Richtlinie vorgeschriebene Datenverarbeitung basiert vielmehr auf den Informationsanforderungen der mitgliedstaatlichen Sicherheits- und Justizbehörden, einem „übergeordneten Kontrollinteresse, das modernes Strafrecht ausmacht“.²²² Es sind, wie auch aus dem Bewertungsbericht der Kommission klar hervorgeht, polizeiliche sowie justizielle Zuständigkeiten und Aktivitäten, welche dem Interesse an den Daten zugrundeliegen sowie ihre Erhebung und Speicherung für Zwecke im Kompetenzbereich der zuständigen mitgliedstaatlichen Behörden begründen: Die Daten sind notwendige Voraussetzung für die Verfolgung von Straftaten.²²³ Die betroffenen Unternehmen werden folglich mit Tätigkeiten belastet, welche von den Staaten veranlasst, lediglich an deren Erwartungen ausgerichtet und nur von ihnen zu verantworten sind.²²⁴ Im staatlichen Kompetenzkatalog handelt es sich bei jenen Aufgaben ausschließlich um solche der Strafrechtsvorsorge und -verfolgung. Es verwundert, dass diese strafrechtliche Natur mit entsprechender Aufgabenübertragung an Private erlöschen soll.²²⁵ Ein entsprechender Verzicht der zuständigen staatlichen Behörden, selbst eigene Datensammlungen aufzubauen, und stattdessen für ihre Zwecke gezielt auf solche Daten zurückzugreifen, welche im privaten Bereich erhoben werden bzw. anfallen, kann demnach den Regelungen ihren strafrechtlichen Charakter nicht nehmen. Würde man gegenteiliges annehmen, so stünde im Ergebnis die ganz und gar fragwürdige Folge, dass die Mitgliedstaaten mit Übertragung ihnen *genuin* zustehender Aufgaben an Private in jedem zugrunde liegenden Politikbereich dessen originäre Natur durch eine (binnen)marktwirtschaftliche ersetzen könnten und somit die EU-rechtliche Folge begründen

²²⁰ Es fallen zwar alle in Art. 5 RL 2006/24/EG genannten Daten automatisch und notwendig bei Erbringung der jeweiligen Telekommunikationsdienste an, vgl. auch Art. 3 Abs. 1. Dies bedeutet aber nicht, dass alle dieser Daten auch ohnehin im Interesse der Anbieter abgespeichert werden, siehe dazu *Gietl*, (Fn. 4), S. 547.

²²¹ *Breyer*, (Fn. 7), S. 215; *Kleszczewski*, (Fn. 128), S. 32.

²²² *Braum*, (Fn. 80), S. 176.

²²³ Dies macht einmal mehr der Bewertungsbericht KOM (2011) 225 endg., S. 1, 3 ff., 7 ff. deutlich.

²²⁴ *Simitis*, (Fn. 31), S. 1783. Dies entspricht im Übrigen den in den Schlussanträgen GA *Bot* zu EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Nrn. 107, 122, 129, aufgestellten Voraussetzungen zur Klassifizierung einer Maßnahme als solche der PJZS.

²²⁵ So argumentierend jedoch *Frenz*, (Fn. 12), S. 375; *Gundel*, (Fn. 3), S. 541 f.

würden, der Union zumindest theoretisch in sämtlichen kompetenziell möglichen Politikbereichen den Rückgriff auf die Harmonisierungsvorschriften zu ermöglichen. Genau dieses würde dann allerdings zwangsläufig zu einer äußerst bedenklichen „Harmonisierung für alles Mögliche“ führen.

2. Art. 4 und 8 Richtlinie 2006/24/EG

Gestützt wird diese Argumentation darüber hinaus durch die Inhalte der Art. 4 und 8 der Richtlinie, welche hinsichtlich des Zugangs zu Daten durch die zuständigen nationalen Behörden (Art. 4) sowie der Anforderungen an die Speicherung zwecks effizienter unverzüglicher Weiterleitung an jene Behörden (Art. 8) eine enge Verbindung zwischen den verpflichteten Telekommunikationsunternehmen und den von ihnen gespeicherten Daten einerseits sowie staatlichen Strafverfolgungs- und Justizbehörden andererseits begründen, über welche allerdings sowohl Generalanwalt als auch EuGH in ihrer Argumentation ohne jeglichen Kommentar hinweggehen. Ohne eine durch diese Vorschriften normierte strafrechtsrelevante Zugriffsberechtigung wäre die Speicherungspflicht selbst aber völlig überflüssig.²²⁶

3. Zwischenergebnis, konkrete Rechtsgrundlage im EUV

Aus diesen Gründen müssen die Inhalte der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie tatsächlich in der früheren dritten Säule verortet werden und zwar meines Erachtens im Rahmen der polizeilichen Zusammenarbeit in Art. 29 Abs. 2 Spiegelstrich 1 sowie Art. 30 Abs. 1 lit. a) und b)²²⁷ EUV.²²⁸ Hinsichtlich der Vorschriften der justiziellen Zusammenarbeit erscheinen vor allem Art. 29 Abs. 2

²²⁶ Dazu zutreffend Braum, (Fn. 80), S. 176: „Vorratsdatenspeicherung ist Element eines nachpräventiven Strafrechts, das sich tradierter Grenzen entledigt hat. Aufgelöst in seiner Form, agiert es verdeckt aus dem Hintergrund und ist doch allgegenwärtig“.

²²⁷ So im Übrigen mittlerweile auch die Kommission, wenn sie die RL als „*information management instrument*“ darstellt, MEMO/10/349, S. 7 f.

²²⁸ Dies ist m.E. der Fall, weil die polizeiliche Zusammenarbeit „potenziell jede Form der Abstimmung und Koordinierung in Bezug auf polizeiliche und justizielle Maßnahmen im Bereich der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung“ umfasst, Wilms, in: Hailbronner/Wilms (Hrsg.), Recht der EU, 20. EL 2010, Art. 30 EUV, Rdnr. 5 m.w.N.; darunter müssen dann auch Maßnahmen im Vorstadium fallen, siehe dazu sogleich unter 4. Anderenfalls wäre das ebenfalls umfasste Ziel der „(präventive[n]) Verhütung von Straftaten“, Ambos, Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht – Völkerstrafrecht – Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 12, Rdnr. 19, gar nicht erreichbar.

Spiegelstrich 2 sowie Art. 31 Abs. 1 lit. a)²²⁹ und c)²³⁰ EUV einschlägig. Vor diesem Hintergrund hätte der Inhalt der Richtlinie durch einen Rahmenbeschluss nach Art. 34 Abs. 2 lit. b) EUV ergehen müssen. Das teilweise vorgebrachte Argument, ein Rahmenbeschluss habe derart detaillierte Regelungen wie bezüglich der zu speichernden Datenkategorien oder konkreter Speicherfristen nicht bestimmen können, da er nur hinsichtlich des verfolgten Zieles für die Mitgliedstaaten verbindlich sei,²³¹ greift ins Leere. Diesbezüglich wäre ein Rahmenbeschluss mit einer entsprechenden Richtlinie nach Art. 95 EGV vergleichbar,²³² welche ja – immer unter der Voraussetzung, dass sie tatsächlich dem Binnenmarkt zugutekommt – problemlos derartige Inhalte normieren kann.

4. Kein anderes Ergebnis wegen formaler Trennung zwischen Datenerhebung und -verwertung

Nicht gefolgt werden kann dem diesem Ergebnis entgegenstehendem Argument, der Bereich der PJZS sei erst beim konkreten Datenzugriff durch die staatlichen Behörden berührt, nicht jedoch bereits in einem Vorstadium dazu.²³³ Zunächst ist zu erinnern, dass – wie oben aufgeführt – auch das Speichern von Verkehrsdaten zum Abruf durch nationale Strafverfolgungs- und Justizbehörden bereits eine strafverfahrensrechtliche Regelung darstellt.²³⁴ Eine formale Trennung zwischen Datenerhebung und -verwertung vermag zudem nicht zu überzeugen;²³⁵ dies schon gar nicht, wenn sowohl Erhebung als auch Verwertung ursprünglich *genuin* staatliche Aufgaben darstellen. Daneben bleibt an die erwähnten Inhalte der Art. 4 und 8 Richtlinie 2006/24/EG zu erinnern, welchen bereits die konkrete Aufgabe zukommt, einen Zugriff durch staatliche Behörden überhaupt möglich zu machen.²³⁶

²²⁹ Da das gesamte „strafjustizielle Verfahren, also Ermittlungs-, Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren“ erfasst sind, *Röben*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, (Fn. 79), Art. 31 EUV, Rdnr. 5, müssen auch hierunter Maßnahmen im Vorstadium fallen, dazu sogleich unter 4.

²³⁰ Entsprechend dem Vortrag Irlands im Verfahren vor dem EuGH.

²³¹ So *Kahler*, Vorratsdatenspeicherung: Wer spricht Recht? – BVerfG, EuGH, EGMR und die Klage gegen die Vorratsdatenspeicherung, DuD 2008, S. 452.

²³² Vgl. *Röben*, (Fn. 229), Art. 34 EUV, Rdnr. 15; *Terhechte*, (Fn. 11), S. 200; *Wasmeier*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EUV/EGV, Bd. 1, 6. Aufl. 2003, Art. 34 EUV, Rdnr. 6.

²³³ *Gundel*, (Fn. 3), S. 544. Vgl. dazu bereits oben Fn. 228 f.

²³⁴ *Kleszczewski*, (Fn. 128), S. 24.

²³⁵ So auch *Giell/Tomasic*, (Fn. 10), S. 797; auch der EuGH selbst hat in den verb. Rs. C-317/04 und C-318/04, *Fluggastdaten*, Slg. 2006, I-4721, eine derartig künstliche Trennung vermieden; a.A. *Gundel*, (Fn. 3), S. 541.

²³⁶ So auch *Murphy*, (Fn. 2), S. 12.

5. Kein anderes Ergebnis wegen vorgeblicher Unterschiede zur „Fluggastdaten“-Entscheidung des EuGH

Aufgrund des Gesagten muss schließlich auch die Argumentation von Generalanwalt und EuGH, vorliegender Sachverhalt sei nicht mit der Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache *Fluggastdaten*²³⁷ vergleichbar,²³⁸ zurückgewiesen werden. In genannter Entscheidung hatte der EuGH noch argumentiert, dass Erhebung und Speicherung der Fluggastdaten nicht zu den durch eine Fluggesellschaft zu erbringenden Dienstleistungen gehörten und zudem von ihrem Zweck her auf die Strafverfolgung ausgerichtet seien.²³⁹ Auch im vorliegenden Fall liegt es nach dem Gesagten auf der Hand, dass die Speicherung sämtlicher anfallender Daten, zudem über den zur Rechnungsstellung erforderlichen Zeitraum hinaus, nicht zu den Leistungen elektronischer Kommunikationsdienste gehört und eine derartige betriebliche Notwendigkeit nicht besteht.²⁴⁰ Vereinfacht ausgedrückt: Was mit den Daten nach ihrem betriebsbedingten Anfallen geschieht, hat zum größten Teil mit dem ordnungsgemäßen Betrieb sowie den Leistungen eines Diensteanbieters sehr wenig bis nichts zu tun und ist diesbezüglich – mit der Ausnahme der kurzfristigen Datenspeicherung zur Rechnungsstellung – auch nicht mehr von Erfordernis. Fluggastdaten- und Vorratsdatenspeicherungssachverhalte sind also tatsächlich, wie die Kommission mittlerweile selbst eingesteht,²⁴¹ sehr wohl miteinander vergleichbar und weisen erhebliche Parallelen auf.²⁴² Dass es sich anders als bei den Fluggastdaten, welche Gegenstand eines internationalen Abkommens waren, hier um eine rein EU-interne Materie handelt, kann daran nichts ändern. Der scheinbare Unterschied schließlich, dass in der Richtlinie 2006/24/EG die Tätigkeit staatlicher Sicherheitsbehörden nicht explizit normiert ist, kann vor dem Hintergrund der Art. 4 und 8 sowie der Tatsache, dass eine Vorratsdatenspeicherung ohne späteren Zugriff durch eben diese Behörden sinnlos ist, nicht argumentativ Bestand haben.²⁴³ Warum der EuGH vor diesem Hintergrund seine bisherige Rechtsprechung auf den Kopf gestellt hat, ist kaum nachvollziehbar.

²³⁷ EuGH, verb. Rs. C-317/04 und C-318/04, *Fluggastdaten*, Slg. 2006, I-4721.

²³⁸ Schlussanträge GA Bot zu EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Nr. 109 ff.; EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsdatenspeicherung*, Slg. 2009, I-593, Rdnr. 86 ff.

²³⁹ EuGH, verb. Rs. C-317/04 und C-318/04, *Fluggastdaten*, Slg. 2006, I-4721, Rdnr. 57.

²⁴⁰ Ebenso *Braum*, (Fn. 80), S. 177; *Simitis*, (Fn. 31), S. 1785: „agieren [...] fremdbestimmt für ein ebenfalls fremdbestimmtes Ziel“.

²⁴¹ MEMO/10/349, S. 7.

²⁴² Ebenso u.a. *Kleszczewski*, (Fn. 128), S. 23; *Leutheusser-Schmarrenberger*, (Fn. 6), S. 12. *Murphy*, (Fn. 2), S. 12: „*The attempt to distinguish it [die RL] from the [Passenger Name Records] agreements [...] is mere judicial hairsplitting*“; a.A. *Ambos*, (Fn. 26), S. 469, welcher auf die tatsächliche Zusammenarbeit staatlicher Stellen abspielt.

²⁴³ Ebenso *Petri*, (Fn. 117), S. 215; a.A. aber *Gundel*, (Fn. 3), S. 541 f.

III. Ergebnis

Aus diesen Gründen hätte die Einführung der Vorratsdatenspeicherung in ihrer bestehenden Form auf EU-Ebene durch einen Rahmenbeschluss der dritten Säule nach Art. 34 Abs. 2 lit. b) EUV ergehen müssen.²⁴⁴

E. Gesamtwürdigung und Ausblick

Die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie 2006/24/EG stellt ein Musterbeispiel vollständig verfehelter Sekundärrechtssetzung dar.²⁴⁵ Ihr eigentliches, jeglicher Argumentation von Gemeinschaftsgesetzgeber sowie Gerichtshof widersprechendes Ziel liegt mit der Bekämpfung von Straftaten deutlich auf der Hand. Dies geht im Übrigen auch aus dem Bewertungsbericht der Kommission mit seltener Deutlichkeit hervor. Klar ist darüber hinaus, und dies hat die bisherige Umsetzungspraxis eindrucksvoll gezeigt, dass die Richtlinie selbst das vorgegebene Ziel einer Binnenmarktverbesserung durch Harmonisierung keinesfalls zu erreichen vermag, sondern diesem vielmehr durch ihren Regelungsgehalt sowie ihre inhaltlichen Lücken diametral entgegensteht. Darüber hinaus ist zu bezweifeln, dass es eines solchen Rechtsaktes hinsichtlich und zugunsten des – gegenwärtig noch nicht einmal existenten – Telekommunikationsbinnenmarkts überhaupt bedarf.

Dass die Kommission eine Überarbeitung des derzeitigen Rechtsrahmens vorzuschlagen gedenkt,²⁴⁶ kann nur begrüßt werden. Dass es sich dabei wohl nur um eine Novellierung der Richtlinie handeln wird, wie Kommissarin *Malmström* angedeutet hat²⁴⁷ und auch aus den den Bewertungsbericht begleitenden Dokumenten hervorgeht,²⁴⁸ muss allerdings kritisiert werden. Idealerweise sollte ein völlig neuer Rechtsakt die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie in Gänze ersetzen und diese alsbald in Vergessenheit geraten bzw. als nicht mehr als ein abschreckendes Beispiel für verfehlte Rechtsetzung fortbestehen lassen.

²⁴⁴ Anstelle der überwältigenden Mehrheit der Ansichten ebenso *Gitter/Schnabel*, (Fn. 8), S. 413; a.A. nur *Frenz*, (Fn. 12), S. 374 f.; *Gundel*, (Fn. 3), S. 542.

²⁴⁵ *Murphy*, (Fn. 2), S. 10: „[A] classic example of acts of political violence providing the impetus for unpalatable legislation“. *Vogel*, (Fn. 19), S. 84, vermag der RL immerhin zuzusprechen, ein (negatives?) „Lehrstück für europäische Rechtsetzung auf i.w.S. strafrechtlichem Gebiet“ zu sein.

²⁴⁶ Siehe KOM (2011) 225 endg., S. 39.

²⁴⁷ SPEECH/11/280, (Fn. 16), S. 3.

²⁴⁸ IP/11/484, S. 3; MEMO/11/251, S. 3. Der Bewertungsbericht KOM (2011) 225 endg., S. 37, 39, spricht in seinen Schlussfolgerungen lediglich von einer „Überarbeitung des (derzeitigen) Rechtsrahmens für die Vorratsdatenspeicherung“, was durchaus auch einen völlig neuen Rechtsakt implizieren kann.

Wie müsste ein solcher neuer entsprechender Rechtsakt ausgestaltet sein, der ohne Sinnwidrigkeiten durchaus den vorgeblichen wie tatsächlichen Motivationsgründen des Gesetzgebers gerecht werden würde? Diesbezüglich kommen nach dem Gesagten nur zwei Möglichkeiten in Frage:

1. Der Unionsgesetzgeber verfolgt mit einem neuen Rechtsakt in der Tat das Ziel, das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern und greift auf die Harmonisierungsvorschrift des Art. 114 AEUV zurück. In diesem Fall sollte der Gesetzgeber ernsthaft vom Gedanken einer harmonisierten Vorratsdatenspeicherungspflicht Abstand nehmen. Dies hat seine Ursache in der dargelegten notwendigerweise strafrechtlichen Verortung einer solchen Speicherung von Verkehrsdaten auf Vorrat, welche die Anwendung des Art. 114 AEUV ausschließen muss.²⁴⁹ Stattdessen sollte der Gesetzgeber vielmehr einen einfachen Rechtsakt erlassen, welcher keine Speicherungspflicht etabliert, und den Staaten freistellen, eine innerstaatlich verpflichtende Vorratsdatenspeicherung vorzusehen. Für Staaten mit Speicherpflicht sollte der Rechtsakt eine vollständige Kostenerstattung zugunsten der durch die Rechtslage in diesem Staat betroffenen Telekommunikationsunternehmen vorsehen. Dadurch würden, unabhängig von der jeweiligen nationalen Situation, Ungleichheiten und somit potenzielle Verzerrungen im Wettbewerb vollständig vermieden werden, da in jedem Staat, welcher die Datenspeicherung vorschreibt, die dabei tatsächlich anfallenden Kosten erstattet werden müssten. Zudem wäre ein derartiger Rechtsakt im Gegensatz zur Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie geeignet, tatsächlich einen weiteren Schritt auf dem Weg zur Verwirklichung eines Binnenmarktes für Telekommunikation darzustellen, da die Erstattungsregelung zugunsten jedes in- wie ausländischen Unternehmens greifen und letzteren eine Ansiedelung in einem neuen Markt mithin nicht erschweren würde. Selbstverständlich müssten subjektiver und objektiver Binnenmarktbezug eines solchen Rechtsaktes weitaus deutlicher als in der Richtlinie 2006/24/EG herausgestellt werden. Insbesondere sollten statistische und wirtschaftliche Daten zwecks überzeugender Stützung der Behauptung einer Gefährdung des Funktionierens des Binnenmarktes eingebracht werden.

Ein solcher Rechtsakt erscheint allerdings höchst unwahrscheinlich: Die Mitgliedstaaten dürften sich selbst, zumal in Krisenzeiten, kaum zusätzliche Belastungen für ihre öffentlichen Kassen, welche jährlich leicht dreistellige Millionenbeträge zumindest für die großen Staaten erreichen könnten, auferlegen wollen. Zudem zeigt die Richtlinie 2006/24/EG mit der Bekämpfung von Terrorismus und Straftaten deutlich die eigentliche Motivation hinter der Datenspeicherung auf Vorrat auf, was der Bewertungsbericht der Kommission

²⁴⁹ Anders aber *Rusteberg*, (Fn. 4), S. 174, welcher unter deutlicher Betonung der Nicht-Beteiligung staatlicher Stellen wohl einen Binnenmarktcharakter für möglich erachtet.

noch einmal unterstreicht. Auch dass mittlerweile *Malmström* als Kommissarin für Inneres die Zuständigkeit von der – der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie durchaus kritisch gegenüberstehenden – Justizkommissarin *Reding* übernommen hat, spricht eher gegen einen Rechtsakt mit einem primär am Binnenmarkt ausgerichteten Regelungsgehalt.

2. Wahrscheinlicher ist also die Beibehaltung einer Speicherungspflicht auf neuer inhaltlicher und rechtlicher Grundlage. Sollte der Unionsgesetzgeber allerdings tatsächlich an einer Verpflichtung, wie mit Richtlinie 2006/24/EG etabliert, festhalten wollen, so muss ein entsprechender Rechtsakt entsprechend der *Passenger-Name-Records*/Fluggastdaten-Feststellungen im Rahmen der Vorschriften des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, vor allem der Art. 82 Abs. 1 UAbs. 2 lit. d) und Art. 87 Abs. 2 lit. a) AEUV, ergehen – unabhängig von jeglicher binnenmarktbezogenen (Neben-)Wirkung, welche dieser Rechtsakt wohl unweigerlich mit sich bringen würde. Es ist schließlich schwer, wenn nicht gar unmöglich, sich in einer Wirtschaftsgemeinschaft wie der Europäischen Union einen Rechtsakt dieser Reichweite vorzustellen,²⁵⁰ welcher keinerlei Auswirkungen auf den Binnenmarkt mit sich zu führen vermag. Nichtsdestotrotz könnte eine derartige Maßnahme am Binnenmarkt orientiert ausgestaltet sein und gewissermaßen als Nebenfolge zu dessen Errichtung beitragen. Dazu dürfte sie dann allerdings keine derart eklatanten Regelungslücken aufweisen, wie dies bei der Richtlinie 2006/24/EG der Fall ist. Stattdessen sollte der Rechtsakt eine möglichst absolut harmonisierte Speicherungspflicht einführen: Auch die Technologie sollte von der Harmonisierung umfasst werden, die Mindest- und Maximalspeicherfristen angenähert bzw. eine einheitliche Frist geschaffen sowie entsprechende Ausnahmen gestrichen oder zumindest äußerst restriktiv gehandhabt werden. Zudem sollte eine Vereinheitlichung der zugriffsberechtigten Behörden und der Zugriffsvoraussetzungen, vor allem der zugrundeliegenden Straftaten, erfolgen. Für letzteres ist eine einheitliche Definition der „schweren Straftaten“ unumgänglich. Schließlich ist auch eine die Kostentragungspflicht klärende Vorschrift zwingend notwendig. Der Errichtung des Binnenmarktes wäre eine vollständige Kostenübernahme zuträglich; auch aus grundrechtlichen Gesichtspunkten könnte sich eine solche Übernahme möglicherweise als notwendig erweisen. Im Wettbewerbsinteresse hingegen sollte eine Kostenübernahme durch die Mitgliedstaaten im Idealfall ausgeschlossen sein.²⁵¹ Nicht zuletzt müsste ein derartiger Rechtsakt den Vorgaben der europäischen Grundrechte entsprechend an

²⁵⁰ Wozu auch strafrechtliche und strafprozessuale Regeln gehören, *Gietl/Tomasic*, (Fn. 10), S. 797.

²⁵¹ Allerdings könnte dies in einzelnen Mitgliedstaaten verfassungsrechtlich beanstandet werden, vgl. Österreichischer VerFGH, G-37/02-16 u.a., sowie französischer *Cour constitutionnel*, CC No 2000-41. In diesem Urteil hatte der CC eine Belastung der Netzbetreiber mit den Investitionskosten als Gleichheitsverstoß beanstandet, Rdnr. 41. M.E. dürfte diese Argumentation durch hier vertretene Lösungsmöglichkeit hinfällig sein. Der verpflichtende

Art. 6 Abs. 3 EUV ausgerichtet sein. Der Kommissions-Bewertungsbericht beinhaltet zu den aufgeführten Punkten einige als positiv zu bewertende Ansätze,²⁵² obgleich das weiterhin gänzliche Fehlen der Technologieharmonisierung kritisch zu hinterfragen ist.

Zumindest aber wird eine Verortung eines solchen neuen Rechtsaktes im Rahmen des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts dem Unionsgesetzgeber kein formelles Kopfzerbrechen mehr bereiten: Nach dem Wegfall des Drei-Säulen-Modells durch den Vertrag von Lissabon ist nunmehr auch die ehemalige PJZS vollkommen vergemeinschaftet, was einerseits Abgrenzungsprobleme durch Art. 47 EUV hat wegfallen lassen, andererseits auch bei polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeitmaßnahmen nun – wie auch bei Harmonisierungsmaßnahmen gemäß Art. 114 AEUV – stets das ordentliche Gesetzgebungsverfahren Anwendung finden lässt. Die gesamte Regelungsmaterie eines neuen Vorratsdatenspeicherungsrechtsaktes kann also, inklusive eventuel notwendiger Änderungen früherer Richtlinien, durch einen einzigen Rechtsakt ergehen. Der Gegenstand vorliegender Betrachtungen, die Richtlinie 2006/24/EG, hätte dies, wie aufgezeigt, nicht können. Stattdessen wären zwangsläufig zwei Rechtsakte notwendig gewesen: einmal eine inhaltlich äußerst begrenzte, auf Art. 95 EGV gegründete, Richtlinie, welche lediglich eine Vorschrift hinsichtlich der Abänderung der früheren elektronische-Kommunikation-Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG hätte enthalten müssen/dürfen und daneben ein Rahmenbeschluss gemäß Art. 34 Abs. 2 lit. b), welcher den eigentlichen Regelungsgehalt der Vorratsdatenspeicherung hätte normieren sollen.²⁵³ Dass dieser im Europäischen Rat seine Mehrheit nicht gefunden hätte, hat letztlich zu den hier besprochenen Problemen geführt.

Wünschenswert ist nun ein zügiges Handeln des Unionsgesetzgebers. Es ist nicht zu erwarten, dass ein neuer die Vorratsdatenspeicherung festschreibender Rechtsakt ähnlich schnell wie die Richtlinie 2006/24/EG erlassen werden wird. Je

Ausschluss der Kostentragung bei einer Vorratsdatenspeicherung in allen Mitgliedstaaten steht auch nicht im Widerspruch zu einer Kostentragungspflicht, wie in Reformmöglichkeit 1 erwähnt, da in jenem Fall die Speicherung nicht in allen Mitgliedstaaten etabliert wird. Mithin läge eine binnenmarktgefährdende Ungleichsituation in verschiedenen Mitgliedstaaten vor, welche durch eine volle Kostentragungspflicht ausgeglichen werden kann. Dies ist aber dann nicht notwendig, wenn eine Ungleichsituation nicht vorliegt, da eine in ihrer Kostenbelastung vergleichbare (da absolut harmonisierte) Datenspeicherung in allen Staaten verpflichtend ist.

²⁵² Vereinheitlichung der Kostenerstattung, Vereinheitlichung der Zweckbindung der Datenspeicherung auf Vorrat sowie der Anlassstraftaten, stärkere Harmonisierung, ggf. kürzere Speicherungsfristen, Festlegung der zugangsberechtigten Behörden, Definition von „schweren Straftaten“, Verringerung der Zahl der Kategorien von zu speichernden Daten, vgl. KOM (2011) 225 endg., S. 38 f.

²⁵³ Eine solche „zweigleisige Lösung“ favorisieren auch *Terbechte*, (Fn. 11), S. 201; sowie *Westphal*, Die neue EG-Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung: Privatsphäre und Unternehmerfreiheit unter Sicherheitsdruck, EuZW 2006, S. 557; a.A. *Rusteberg*, (Fn. 4), S. 174, wegen der Trennung eines „einheitlichen Lebensbereichs auf europäischer Ebene“.

schneller diese allerdings durch einen Rechtsakt ersetzt wird, welcher die Sicherheitsinteressen der Union und ihrer Mitgliedstaaten sowie die Grundrechtspositionen Betroffener wahrt, zudem Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit garantiert und schließlich als positive Nebenfolge den Wettbewerb und den Binnenmarkt stärkt, umso besser.

Der Bundesrepublik bleibt schlussendlich hinsichtlich des einleitend erwähnten gegen sie eröffneten Vertragsverletzungsverfahrens in der Sache zu raten, Ruhe zu bewahren. Anstelle legislativer Schnellschüsse sollte das Verfahren vor dem Gerichtshof gelassen „ausgesessen“ und zur Not ein entsprechendes Feststellungsurteil zur Kenntnis genommen werden. Bis zu dessen Verkündung dürfte die Materie sekundärrechtlich neu geregelt sein, und an dieser Neuregelung sollte die Bundesrepublik ihre nationale Umsetzungsmaßnahme ausrichten. Es erscheint unzumutbar, den Mitgliedstaaten die Umsetzung einer Richtlinie vorzuschreiben, deren Mängel deutlich auf dem Tisch liegen und welche – dies ist unabhängig vom sich anschließenden gesetzgeberischen Prozedere auf Unionsebene – in absehbarer Zeit in ihrer gegenwärtigen Form ohnehin keinen Bestand mehr haben wird.