

Beck'sches Examinatorium Öffentliches Recht

Staatsrecht III

mit Bezügen zum Völkerrecht und Europarecht

von

Prof. Dr. Dr. Udo Di Fabio, Prof. Dr. Andreas Paulus, Dr. Holger Kremser, Clemens Mattheis, Jörn Müller

1. Auflage

[Staatsrecht III – Fabio / Paulus / Kremser / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Staatsrecht, Staatslehre](#)



Verlag C.H. Beck München 2010

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 60061 6

Fall 9: Daten auf Vorrat (Müller)

Sachverhalt

Am 15. 3. 2006 erlassen das Europäische Parlament und der Rat gestützt auf Art. 95 EGV (jetzt Art. 114 AEUV) in einem formell ordnungsgemäßen Verfahren eine Richtlinie über die Vorratsspeicherung von Telekommunikationsdaten (RL 2006/24). Nach Art. 1 der Richtlinie solle die Speicherung der „Ermittlung, Feststellung, und Verfolgung von schweren Straftaten, wie sie von jedem Mitgliedstaat in seinem nationalen Recht bestimmt werden“, dienen.

Art. 5 der Richtlinie listet die auf Vorrat zu speichernden Daten auf. Zu speichern sind demnach unter anderem die Rufnummer des anrufenden und des angerufenen Anschlusses, Beginn und Ende des Anrufs, im Fall von Mobilfunkteilnehmern auch die bei Beginn und Abschluss des Gespräches genutzte Funkzelle. Zu erfassen sind ferner auch Daten im Zusammenhang mit der Internetnutzung, wie IP-Adresse, E-Mail-Kennung von Absender und Empfänger sowie Zeitpunkt der Internetnutzung bzw. des Versendens und Empfangens einer E-Mail. Die gespeicherten Daten ermöglichen es bei Benutzern eines Mobiltelefons zu ermitteln, wo er sich zum Zeitpunkt der Kommunikation aufgehalten hat. Daten, die Aufschluss über den Inhalt der Kommunikation geben, werden nicht gespeichert. Die Daten sind für mindestens sechs Monate, maximal jedoch zwei Jahre zu speichern.

Art. 4 der Richtlinie betrifft den Zugang zu den gespeicherten Daten. Demnach legen die Mitgliedstaaten selbst unter Berücksichtigung des Rechts der EU und der EMRK das Verfahren und die Bedingungen fest, unter denen die Behörden Zugriff auf die Daten haben. Die Richtlinie ist bis zum 15. 7. 2007 umzusetzen.

Daraufhin wird im Herbst 2007 der Bundesgesetzgeber tätig und fügt in formell verfassungsgemäßer Weise in das Telekommunikationsgesetz (TKG) zwei neue Vorschriften ein. § 113a TKG regelt die Speicherungspflicht und greift inhaltlich die Regelung des Art. 5 der Richtlinie 2006/24 auf. Hinsichtlich der Art der zu speichernden Daten wird der Wortlaut der Richtlinie wiederholt. Zudem wird in § 113a TKG bestimmt, dass die Daten für sechs Monate zu speichern sind.

Zudem wird § 113b TKG eingefügt, der die Verwendung der Daten regelt. Die Vorschrift hat folgenden Wortlaut:

§ 113b. Verwendung der nach § 113a gespeicherten Daten. Der nach § 113a Verpflichtete darf die allein auf Grund der Speicherungsverpflichtung nach § 113a gespeicherten Daten

1. zur Verfolgung von Straftaten,
2. zur Abwehr von erheblichen Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder
3. zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder, des Bundesnachrichtendienstes und des Militärischen Abschirmdienstes
an die zuständigen Stellen auf deren Verlangen übermitteln, soweit dies in den jeweiligen gesetzlichen Bestimmungen unter Bezugnahme auf § 113a vorgesehen und die Übermittlung im Einzelfall angeordnet ist; für andere Zwecke [...] darf er die Daten nicht verwenden. [...]

Nach dem Inkrafttreten dieser Änderungen fügt das Land Niedersachsen in das Niedersächsische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Nds. SOG) eine neue Vorschrift ein, die am 1. 4. 2008 in Kraft tritt und folgenden Inhalt hat:

§ 33d. Die Polizei kann die Übermittlung von nach § 113a TKG erhobenen Daten verlangen

1. über Personen, bei denen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie Straftaten begehen werden, wenn dies zur Vorsorge für die Verfolgung oder zur Verhütung dieser Straftaten erforderlich erscheint;
2. über Kontakt- oder Begleitpersonen der in Nummer 1 genannten Personen, wenn dies zur die Vorsorge für die Verfolgung oder zur Verhütung einer Straftat unerlässlich ist.

Als die bei einer Bürgerinitiative gegen Datenmissbrauch engagierte Göttinger Jurastudentin Britta Bruch (B) im Juni 2008 von dieser Regelung erfährt, ist sie entsetzt. Sie hat sich erst kürzlich eine Internet-Flatrate zugelegt, nutzt mehrere E-Mail-Adressen und hat sowohl einen Festnetz- als auch einen Mobiltele-

fonanschluss. Sie fürchtet, dass der Staat nunmehr ein lückenloses Profil ihres Kommunikationsverhaltens erstellen könne.

Sie ist der Auffassung, dass schon die Richtlinie unrechtmäßig und ungültig sei, da sie sich auf einen falschen Kompetenztitel stütze. Immerhin gehe es hier um Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, darauf sei Art. 114 AEUV (ex-Art. 95 EGV) gar nicht anwendbar. Zudem verstoße die Richtlinie eklatant gegen europäische und deutsche Grundrechte – schließlich seien Millionen gänzlich unverdächtiger Bürger in der ganzen EU von diesen Maßnahmen betroffen. Eine unbefangene Kommunikation sei so nicht mehr möglich, da man sich permanent überwacht fühlen müsse.

Auch die deutsche Umsetzung sei grob verfassungswidrig. Dies gelte nicht nur für die Vorschriften im TKG, sondern insbesondere auch für die niedersächsische Vorschrift. Es sei schon zweifelhaft, ob Niedersachsen für eine derartige Regelung zuständig sei, schließlich sei der Bund mit § 100g StPO bereits tätig geworden. Jedenfalls sei die Regelung angesichts ihrer uferlosen Weite verfassungswidrig. B erhebt daher am 10. 7. 2008 Verfassungsbeschwerde und wendet sich gegen §§ 113a, b TKG sowie gegen § 33d Nds. SOG.

Im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht trägt die Landesregierung Niedersachsen vor, dass die Verfassungsbeschwerde unzulässig sei, da B nicht betroffen sei – schließlich seien bisher keinerlei Daten über B durch Behörden abgefragt worden. Zudem seien Bund und Land hier nur zur Umsetzung einer EU-Richtlinie tätig geworden. Das Bundesverfassungsgericht könne weder die Richtlinie selbst noch deren Umsetzung überprüfen. Schon gar nicht seien die deutschen Grundrechte anwendbar. Ferner seien die Vorschriften im Kampf gegen den Terrorismus unbedingt nötig, besonders um bereits im Vorfeld möglicher Straftaten Aufklärung betreiben zu können.

Die Verfassungsrichterin Helga Hinrichs bittet im Frühjahr 2010 ihren wissenschaftlichen Mitarbeiter Detlev Denk um die Erstellung eines Gutachtens zur Frage, ob die Verfassungsbeschwerde der B Aussicht auf Erfolg hat.

Bearbeitervermerk: Erstellen Sie das Gutachten des Detlev Denk!

Zusatzfrage: Ist die Richtlinie materiell mit Europarecht in der Fassung nach dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon vereinbar?

Anmerkung: Art. 16 AEUV (ex-Art. 286 EGV) und die Datenschutzrichtlinie der EU sind nicht zu prüfen.

Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Nds. SOG) – Auszug

§ 30. Grundsätze der Datenerhebung. (1) (...)

(2) ¹Personenbezogene Daten sind offen zu erheben. ²Eine Datenerhebung, die nicht als Maßnahme der Gefahrenabwehr erkennbar sein soll (verdeckte Datenerhebung), ist nur zulässig (...)

2. in den Fällen der §§ 33a bis 37 (besondere Mittel oder Methoden),

3. in den Fällen des § 45a, (...)

³Daten dürfen nur durch die Polizei verdeckt erhoben werden. (...)

(4) ¹Über die Erhebung personenbezogener Daten mit besonderen Mitteln oder Methoden ist die betroffene Person zu unterrichten. (...). ⁴Die Sätze 1 bis 3 gelten nicht, wenn zur Durchführung der Unterrichtung in unverhältnismäßiger Weise weitere Daten der betroffenen Person erhoben werden müssten..

(5) ¹Die Unterrichtung nach Absatz, 4 wird zurückgestellt,

1. solange Zwecke der Verfolgung einer Straftat entgegenstehen,

2. solange durch das Bekanntwerden der Datenerhebung Leib, Leben, Freiheit oder ähnlich schutzwürdige Belange einer Person gefährdet werden oder

3. solange ihr überwiegende schutzwürdige Belange einer anderen betroffenen Person entgegenstehen.

Gliederung

	Rn.
A. Zulässigkeit, Art. 93 I Nr. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfG	1
I. Beschwerdeberechtigung, Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG	1
II. Beschwerdegegenstand, Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG	2
III. Beschwerdebefugnis, Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG	3
1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung	4
a) Betroffene Grundrechte	4
b) Anwendbarkeit der Grundrechte bei der Umsetzung von Sekundärrecht	5
aa) §§ 113a, 113b und § 33d Nds. SOG als Umsetzung von Sekundärrecht der EU	5
bb) Überprüfbarkeit des § 113a TKG	6
(1) Überprüfbarkeit der Richtlinie	7
(2) Ausnahmsweise Nachprüfbarkeit der Richtlinie als Rechtsakt <i>ultra vires</i> ?	9
(3) Rechtsfolge	13
c) Zwischenergebnis	15
2. Betroffenheit	16
3. Zwischenergebnis	16
IV. Rechtswegerschöpfung (§ 90 II 1 BVerfGG) und Subsidiarität	17
V. Form und Frist	18
VI. Ergebnis	19
B. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde	20
I. Verfassungsmäßigkeit von § 113b TKG	21
1. Vereinbarkeit mit Art. 10 I GG	22
a) Eröffnung des Schutzbereiches	22
b) Eingriff	23
c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	24
aa) Bestimmtheitsgebot	25
bb) Verhältnismäßigkeit	26
d) Zwischenergebnis	27
2. Vereinbarkeit mit Art. 2 I i.V.m. 1 I GG (Recht auf informationelle Selbstbestimmung)	28
a) Schutzbereich	28
b) Zwischenergebnis	29
3. Ergebnis	30
II. Verfassungsmäßigkeit von § 33d Nds. SOG	31
1. Formelle Verfassungsmäßigkeit	31
a) Gesetzgebungskompetenz	31
b) Ergebnis	32
2. Materielle Verfassungsmäßigkeit	33
a) Vereinbarkeit mit Art. 10 I GG	33
aa) Bestimmtheitsgebot	34
bb) Verhältnismäßigkeit	35
b) Zwischenergebnis	35
III. Endergebnis	36
C. Zusatzfrage: Materielle Rechtmäßigkeit der Richtlinie	37
I. Vereinbarkeit mit den Unionsgrundrechten	38
1. Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte	38
2. Art. 7 GR-Charta/Art. 8 EMRK: Achtung des Privat- und Familienlebens	39
a) Inhalt (Schutzbereich)	39
b) Eingriff	40
c) Rechtfertigung	41
3. Art. 8 Europäische GR-Charta: Grundrecht auf Schutz der persönlichen Daten	44
II. Ergebnis	45
D. Exkurs: Verhältnis von GG und EMRK	46

Lösung

A. Zulässigkeit, Art. 93 I Nr. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfG

I. Beschwerdeberechtigung, Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG

- 1 B ist als natürliche Person beschwerdeberechtigt.

II. Beschwerdegegenstand, Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG

- 2 Tauglicher Beschwerdegegenstand ist jeder Akt der öffentlichen Gewalt. Wie Art. 1 III GG zeigt, sind damit **alle drei Staatsgewalten** gemeint, d. h. auch die Legislative. §§ 113a und b TKG sowie § 33d Nds. SOG sind als (Bundes- bzw. Landes-)Gesetze Akte der Legislative und damit tauglicher Beschwerdegegenstand. Insbesondere richtet sich die Verfassungsbeschwerde nicht direkt gegen die Richtlinie und damit nicht gegen Sekundärrecht der EU, sondern gegen **Akte des deutschen Gesetzgebers**.

Zum Aufbau: Ausführungen zur Frage, ob die Richtlinie selbst tauglicher Beschwerdegegenstand ist, sind hier daher verfehlt.

III. Beschwerdebefugnis, Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG

- 3 B müsste in ihren Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten zumindest möglicherweise verletzt und dadurch auch selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein.

1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung

a) Betroffene Grundrechte

- 4 Hier könnte das **Fernmeldegeheimnis** der B nach Art. 10 I GG durch die Speicherung der Verbindungsdaten nach § 113a TKG bzw. die Möglichkeit des Abrufes nach § 33d Nds. SOG i.V.m. § 113b TKG verletzt sein, da auch die Verbindungsdaten als Umstände des **individuellen Kommunikationsvorgangs** vom Schutzbereich des Grundrechts erfasst sein könnten. Zudem könnte auch das **Recht auf informationelle Selbstbestimmung** nach Art. 2 I i.V.m. 1 I GG verletzt sein, da es sich bei den zu speichernden Verbindungsdaten um personenbezogene Daten handelt, die Gegenstand des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung sind.

b) Anwendbarkeit der Grundrechte bei der Umsetzung von Sekundärrecht

aa) §§ 113a, 113b und § 33d Nds. SOG als Umsetzung von Sekundärrecht der EU

- 5 Da hier lediglich die Richtlinie 2006/24 umgesetzt wird, ist fraglich, ob die Grundrechte des Grundgesetzes überhaupt anwendbar sind.

Eine Richtlinie ist nach Art. 288 III AEUV (ex-Art. 249 III EGV) nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt die Wahl der Form und der Mittel der Umsetzung jedoch dem Mitgliedstaat. Es besteht also für den Mitgliedstaat ein **Spielraum bei der Umsetzung** der Richtlinie. Innerhalb dieses Umsetzungsspielraums ist der deutsche Gesetzgeber weiterhin an die Grundrechte gebunden und unterliegt der Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht.¹

¹ BVerfGE 113, 273 – Europäischer Haftbefehl; BVerfG NJW 2010, 833, 835, Tz. 182 – Vorratsdatenspeicherung; Ohler, JZ 2010, 626. Einen guten Überblick zur grundsätzlichen Anwendbarkeit der Grundrechte bietet Schweitzer, Rn. 70 ff.

Hier lässt Art. 1 der Richtlinie Spielraum hinsichtlich des Speicherzwecks. Art. 4 der Richtlinie lässt Spielraum bei der Frage, welche Behörden unter welchen Voraussetzungen auf die Daten zugreifen können. Innerhalb dieses Umsetzungsspielraums bleiben folglich die Grundrechte des GG anwendbar, so dass insbesondere die Regelungen zur Datenverwendung in § 113b TKG und § 33d Nds. SOG überprüft werden können.

bb) Überprüfbarkeit des § 113a TKG

§ 113a TKG zeichnet bzgl. der grundsätzlichen Speicherpflicht und der Art der zu speichernden Daten nur die Regelung der Richtlinie nach, so dass der deutsche Gesetzgeber hier keinen Spielraum hat. Zwar ist in der Richtlinie die Speicherdauer nicht genau festgesetzt, § 113a TKG zeichnet jedoch nur die **europarechtlich vorgegebenen Untergrenze** des Spielraums nach. 6

Fraglich ist, inwieweit diese Regelungen durch das BVerfG überprüft werden können.

Zum Verständnis: Der vorgegebene Sachverhalt ist hier gegenüber der wirklichen Rechtslage, die Gegenstand des Verfahrens vor dem BVerfG² war, vereinfacht. So ist z. B. im realen § 113a VI TKG eine Speicherpflicht auch für Internet-Anonymisierungsdienste vorgeschrieben, die so in der Richtlinie nicht enthalten ist. Der Gesetzgeber geht hier über die europarechtlichen Vorgaben hinaus – diese **überschießende Umsetzung** kann das BVerfG unstreitig überprüfen.

(1) Überprüfbarkeit der Richtlinie

Falls die Richtlinie selbst an den Grundrechten des Grundgesetzes gemessen werden kann, stellt sich das Problem nicht, denn dann könnte auch die **nationale Umsetzung** überprüft werden. 7

Zunächst stellt sich die Frage, ob europäisches Sekundärrecht überhaupt anhand der Grundrechte des Grundgesetzes überprüft werden kann. Dafür spricht, dass die **Integrationsermächtigung** des Art. 23 I GG nicht ohne verfassungsrechtliche Grenzen ist. Vielmehr stellt Art. 23 I 1 GG ausdrücklich fest, dass auch die EU einen dem Grundgesetz im **wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz** gewährleisten muss. Art. 23 I 3 GG zieht für die Übertragung von Hoheitsrechten zudem inhaltlich die Grenze des Art. 79 III GG.

Jedoch zeigt die Integrationsermächtigung, die lediglich die Schranke des Art. 79 III GG zieht, dass nicht etwa der Grundrechtsschutz des Grundgesetzes **vollständig** und **mit allen Details** auf die europäische Ebene übertragen werden soll. Vielmehr ist entscheidend, dass der Grundrechtsschutz auf europäischer Ebene im Wesentlichen vergleichbar ist. Dies wird dadurch gewährleistet, dass der EuGH in seiner Rechtsprechung einen wirksamen Grundrechtsschutz durchgesetzt hat und insbesondere auch Sekundärrecht an den Unionsgrundrechten misst.³ Solange die Europäische Union einen wirksamen Grundrechtsschutz **generell gewährleistet**, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Schutz im Wesentlichen gleich zu achten ist, bedarf es daher keiner Rechtskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht im Einzelfall.⁴ Erst wenn gezeigt wird, dass der Grundrechtsschutz auf europäischer Ebene generell diesen Anforderungen nicht mehr genügt, bedarf es möglicherweise einer **Einzelfallkontrolle** durch das Bundesverfassungsgericht.⁵

Es müsste daher gezeigt werden, dass der Grundrechtsstandard in der Union generell hinter den nach dem Grundgesetz **unabdingbaren Standard** zurückgefallen ist – andernfalls ist die Verfassungsbeschwerde insoweit unzulässig.⁶ Anhaltspunkte dafür, dass dies der Fall ist, sind nicht zu erkennen. Neben der Rechtsprechung des EuGH ist insbesondere die Europäische Grundrechtecharta geeignet, zu einer Stärkung des Grundrechtsschutzes der Union beizutragen. Die Europäische Grundrechtecharta ist seit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon nach Art. 6 I EUV **rechtlich verbindlich** und gegenüber den Verträgen (EUV und AEUV) **gleichrangig**. 8

² BVerfG NJW 2010, 833 – Vorratsdatenspeicherung. Dazu *Ohler*, JZ 2010, 626; *Kleszczewski*, JZ 2010, 629; *Roßnagel*, NJW 2010, 1238; *Wolff*, NJW 2010, 791.

³ Für einen Überblick über wichtige Grundrechtsfälle des EuGH siehe *Hummer/Vedder*, Europarecht in Fällen, 4. Aufl., 2005, S. 301 ff.

⁴ BVerfGE 73, 339, 387 – Solange II; bestätigt durch BVerfGE 123, 267, 335, 399 – Lissabon.

⁵ BVerfGE 102, 147, 164 – Bananenmarktordnung.

⁶ BVerfGE 102, 147, 1. und 2. Leitsatz – Bananenmarktordnung – vgl. auch BVerfG NVwZ 2008, 543.

Eine Überprüfung der Richtlinie selbst durch das Bundesverfassungsgericht scheidet mithin grundsätzlich aus.

Zur Vertiefung: Das BVerfG konnte die bisher noch nicht erfolgte Überprüfung der Richtlinie anhand der europäischen Grundrechte nicht als Indiz für ein Absinken des Grundrechtsstandards werten, denn bisher hatte der EuGH noch nicht die Gelegenheit, die Richtlinie an den europäischen Grundrechten zu messen. Das Urteil vom 10.2. 2009 zur Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie bezog sich ausdrücklich nur auf die Frage der Kompetenz.⁷

(2) Ausnahmsweise Nachprüfbarkeit der Richtlinie als Rechtsakt *ultra vires*?

- 9 Möglicherweise ist hier eine Verfassungsbeschwerde aber dennoch bzgl. § 113a TKG zulässig, da sich diese Vorschrift auf eine potentiell **kompetenzwidrige Richtlinie** stützt. Ein solcher „ausbrechender Rechtsakt“ würde die Integrationsermächtigung des Art. 23 I GG überschreiten und wäre also ein Rechtsakt *ultra vires*, d.h. ein Rechtsakt, der den Kompetenzbereich der Europäischen Union gegenüber den Mitgliedstaaten überschreitet. Es würde dann **ohne verfassungsrechtliche Rechtsgrundlage** in Grundrechte eingegriffen.

Aus Sicht des Europarechts spricht dagegen jedoch, dass nicht das Bundesverfassungsgericht darüber entscheiden kann, ob die Richtlinie auf einer tauglichen Rechtsgrundlage in den europäischen Verträgen beruht. Es muss diese Frage vielmehr gem. Art. 267 III AEUV (ex-Art. 234 III EGV) dem EuGH vorlegen.

Aus Sicht des nationalen Rechts kann eingewandt werden, dass Art. 23 I GG der Übertragung von Hoheitsrechten Grenzen setzt, über die das Bundesverfassungsgericht zu wachen hat. Art. 23 I GG bezieht sich konkret auf die europäischen Verträge und ermöglicht den innerstaatlichen Vorrang von europäischem Sekundärrecht nur für den Fall, dass dieses nicht den **Rahmen der Kompetenzordnung** der Verträge überschreitet. Rechtsakte, die die Kompetenzen der EU eindeutig überschreiten, sind dann als *ultra vires*-Rechtsakte zu qualifizieren und innerstaatlich nicht anwendbar. Zur Kontrolle der Grenzen des Art. 23 I GG muss die Prüfungskompetenz, ob die europäischen Organe tatsächlich außerhalb der durch die Vertragsgesetze übertragenen Kompetenzen und damit *ultra vires* gehandelt haben, dem **Bundesverfassungsgericht** zukommen.⁸

- 10 **Zum Verständnis:** Noch nicht geklärt ist, wie das BVerfG in Zukunft die *ultra vires*-Kontrolle ausüben wird. Vor allem ist noch nicht geklärt, in welchem **Verhältnis diese Kontrolle zur Zuständigkeit des EuGH** steht, dem ja nach Art. 19 I UAbs. 1 Satz 2 EUV die Aufgabe der „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge“ obliegt.

Denkbar wäre, dass die Kontrolle vom BVerfG stets in jedem Einzelfall ausgeübt wird, wenn ein Rechtsschutzbegehren vor dem EuGH gescheitert ist bzw. wenn der EuGH bereits die Kompetenz überprüft hat (so wie bzgl. der Vorratsdatenrichtlinie bereits geschehen). So könnte potentiell jeder einzelne Rechtsakt durch das BVerfG überprüft werden.⁹ Dadurch würde das BVerfG zu einer Art „zweiten Instanz“ zur Überprüfung der Unionskompetenz.

Ebenfalls möglich (und wohl vorzugswürdig) ist es jedoch, dass das BVerfG seine Kontrolle zurücknimmt, solange der EuGH das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und der Subsidiarität (Art. 5 EUV; ex-Art. 4 EGV) beachtet. Dadurch würde die *ultra vires*-Kontrolle zu einer „strukturellen Reservekompetenz“ ähnlich dem für die Grundrechtsprechung entwickelten Solange-Vorbehalt.¹⁰

In seiner Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung brauchte das BVerfG auf diese Problematik nicht einzugehen, weil es auf die Wirksamkeit der Richtlinie und deren Vorrang nicht ankomme, da die Richtlinie jedenfalls ohne Verstoß gegen die Grundrechte umgesetzt werden könne. Eine Klärung der Europarechtsmäßigkeit der Richtlinie sei daher nicht notwendig, da die Wirksamkeit der Richtlinie nicht entscheidungserheblich sei.¹¹

⁷ EuGH EuZW 2009, 212, Tz. 57.

⁸ BVerfGE 89, 155, 188 – Maastricht – und – BVerfGE 123, 267, 353 f. – Lissabon – zum Hintergrund der Maastricht-Entscheidung siehe insbesondere Haltern, Rn. 990 ff.

⁹ In diesem Sinne argumentiert Schorkopf, EuZW 2009, 718, 722.

¹⁰ Ruffert, DVBl 2009, 1197, 1205.

¹¹ BVerfG NJW 2010, 833, 835, Tz. 186 f. – Vorratsdatenspeicherung; zur neuesten Rechtsprechung des BVerfG zur *ultra vires*-Kontrolle siehe BVerfG, Beschluss vom 6. 7. 2010, Az.: 2 BvR 2661/06, Tz. 61.

Neben die *ultra vires*-Kontrolle tritt zusätzlich die sogenannte „**Identitätskontrolle**“, d. h. „die Prüfung, ob infolge des Handelns europäischer Organe die in Art. 79 III GG für unantastbar erklärten Grundsätze der Art. 1 und Art. 20 GG verletzt werden“ (ebd.; siehe dazu Fall 5 Rn. 29 ff.) sowie die oben dargestellte **Grundrechtskontrolle** gemäß der **Solange-II-Rechtsprechung**.

Die folgende Prüfung, ob es sich um einen Rechtsakt *ultra vires* handelt, muss sich nach der Rechtslage zum Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie richten (laut Sachverhalt am 15.3. 2006, also vor dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon).

Fraglich ist jedoch, ob es sich bei der Richtlinie um einen *ultra vires*-Rechtsakt handelt. Dabei kann nicht jeder Fehler im Rechtssetzungsverfahren auf europäischer Ebene automatisch zu einem Rechtsakt *ultra vires* führen, denn sonst müsste das Bundesverfassungsgericht die formelle Rechtmäßigkeit der Richtlinie umfassend prüfen – eine Funktion, die es für sich gerade nicht in Anspruch nimmt, sondern die grundsätzlich dem EuGH obliegt. Folglich prüft das BVerfG nicht umfassend die formelle Rechtmäßigkeit nach Europarecht, sondern nur eine **Überschreitung der Kompetenzordnung** der EU. Zudem genügt nicht jede geringfügige Überschreitung der Kompetenzen, sondern diese muss auch **offensichtlich** sein.

11

Maßgeblich ist hier die **Rechtslage zum Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie**, also am 15.3. 2006. Denn falls zum Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie keine Kompetenz bestand, führt dieser Mangel zur anfänglichen Rechtswidrigkeit der Richtlinie und kann nicht nachträglich durch die Einführung einer neuen Kompetenzgrundlage geheilt werden. Es sind folglich die Verträge in der Fassung vor dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon zu Grunde zu legen.

Eine Überschreitung der Kompetenz der EU liegt hier vor, falls die Richtlinie nicht auf Art. 95 EGV (jetzt Art. 114 AEUV) gestützt werden kann. Daran bestehen erhebliche Zweifel, denn Ziele der Vorratsdatenspeicherung sind primär die **Vorbereitung der Strafverfolgung** sowie die **Gefahrenabwehr**. Die Angleichung der Regelungen über den Binnenmarkt stellen nur einen Nebeneffekt der Verfolgung dieser primären Ziele dar. Die Richtlinie liegt somit außerhalb der Kompetenzen der EU.¹²

Fraglich ist jedoch, ob dieser Kompetenzmangel auch **offensichtlich** ist. Die Argumentation des Europäischen Gerichtshofs, derzufolge der Gegenstand der Maßnahme, nämlich die Regulierung von Telekommunikationsdiensten, und nicht der Zweck der Maßnahme, nämlich Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, für die Kompetenzfrage entscheidend ist, ist jedenfalls nicht völlig abwegig. In einer Gemeinschaft von 27 Mitgliedstaaten ist die **einheitliche Auslegung der Unionskompetenzen** durch den EuGH ein hohes Gut, das nur in einem eindeutigen Missbrauchsfall auch im Einzelfall zu einer nationalen „Aufsicht“ des BVerfG als Verfassungsgericht eines Mitgliedstaats über den EuGH führen darf. Dies ist vorliegend nicht gegeben.

Im Übrigen stand selbst dann, wenn man davon ausgeht, dass es sich hier primär um eine Maßnahme der Strafverfolgung und Gefahrenabwehr handelt, für solche Maßnahmen mit Art. 31 I lit. c, 34 II UAbs. 1 lit. b EUV a.F. (jetzt ausgeweitet und übernommen in Art. 82 ff. AEUV) ebenfalls ein Kompetenztitel zur Verfügung, bei dem allerdings Einstimmigkeit im Rat erforderlich war. Daraus folgte zwar keine Zuständigkeit der EG, wohl aber eine Kompetenz der EU. Die Richtlinie wäre dann zwar formell europarechtswidrig, da das für diesen Titel notwendige Verfahren (Rahmenbeschluss) nicht durchgeführt wurde. Jedoch würde nicht die Kompetenzordnung von EU und EG insgesamt überschritten, da in jedem Fall ein tauglicher Kompetenztitel als Grundlage für die Richtlinie zur Verfügung steht – entweder Art. 95 EGV a.F. (jetzt Art. 114 AEUV) oder Art. 31 I lit. c, 34 II UAbs. 1 lit. b EUV a.F. (vgl. jetzt Art. 82 ff. AEUV).

Allerdings unterschied sich das primär zwischenstaatliche Rechtsetzungsverfahren nach Titel VI des EUV a.F. erheblich vom vergemeinschafteten Rechtsetzungsverfahren im EGV. So war für Rahmenbeschlüsse nach Art. 34 II UAbs. 1 lit. b EUV Einstimmigkeit im Rat erforderlich, während nach Art. 95 EGV mit qualifizierter Mehrheit entschieden werden konnte. Angesichts dieser schwierigen Rechtslage, bei der die genaue Rechtsgrundlage für die Richtlinie umstritten ist, kann hier nicht von einem **offensichtlichen** Rechtsakt *ultra vires* gesprochen werden.

¹² Anders hingegen *EuGH* EuZW 2009, 212, Tz. 80 ff., der die Voraussetzungen von Art. 114 AEUV (ex-Art. 95 EGV) als erfüllt ansieht. Siehe dazu aber auch die Kritik von *Simitis*, NJW 2009, 1782.

- 12 **Zum Verständnis:** Schwer zu begründen, aber nicht unvertretbar, wäre es hier auch, von der **Offensichtlichkeit** der Kompetenzüberschreitung auszugehen; man könnte argumentieren, Gefahrenabwehr und Strafverfolgung stünden derart im Vordergrund, dass die Einordnung unter die Binnenmarktzuständigkeit schlechthin unvertretbar sei.
- Wenn man dieser Auffassung folgt, müsste das BVerfG seine Prüfungskompetenz wahrnehmen und die Richtlinie als Rechtsakt *ultra vires* **unangewendet** lassen. Die Verfassungsbeschwerde wäre dann insoweit nicht nur zulässig, sondern auch begründet, da wegen der Verletzung von Art. 23 I GG ohne verfassungsmäßige Rechtsgrundlage in Grundrechte eingegriffen würde.
- Das Inkrafttreten des **Vertrages von Lissabon** entschärft dieses Kompetenzproblem erheblich, da die bisher im EUV angesiedelten Kompetenzen im Bereich der Strafverfolgung und Prävention ausgeweitet und in den neuen AEUV verlagert wurden, siehe Art. 82–89 AEUV. Die unten dargestellte Grundrechtsproblematik bleibt jedoch auch nach dem Vertrag von Lissabon weiterhin von erheblicher Bedeutung.
- 13 **(3) Rechtsfolge**
- Fraglich ist jedoch, ob dies zur Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde hinsichtlich § 113a TKG führt. Eine Verfassungsbeschwerde gegen die Richtlinie selbst ist, wie oben gezeigt, grundsätzlich unzulässig. Hier richtet sich die Beschwerde jedoch nicht unmittelbar gegen die Richtlinie, sondern gegen deren **Umsetzung** in § 113a TKG. Da diese Vorschrift jedoch mit der Richtlinie identisch ist bzw. nur die Untergrenze des gesetzten Spielraums nachzeichnet, wäre eine Überprüfung von § 113a TKG letztlich nur eine **verkappte Überprüfung der Richtlinie** und somit ebenfalls unzulässig.¹³ Eine solche Überprüfung würde die oben dargestellte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts konterkarieren und stünde im Widerspruch zur Integrationsermächtigung des Art. 23 I GG, der die Anwendbarkeit von Europarecht gerade ermöglichen soll.
- 14 **Zum Verständnis:** In seinem Urteil zur Vorratsdatenspeicherung hielt das BVerfG eine Verfassungsbeschwerde auch gegen § 113a TKG und damit nicht nur gegen das „Wie“ der Speicherung, sondern auch gegen das „Ob“ (und damit indirekt auch gegen die Richtlinie) für zulässig.¹⁴ Dies begründete es aber ausschließlich damit, dass die Beschwerdeführer eine Vorabentscheidung nach Art. 267 I b) AEUV (ex-Art. 234 I b) EGV) anstreben. Falls der EuGH im Wege der Vorabentscheidung die Richtlinie für ungültig erklärte, wäre der Weg frei für eine vollumfängliche Prüfung auch von § 113a TKG.¹⁵
- In der weiteren Prüfung stellt das BVerfG jedoch fest, dass es auf die Gültigkeit der Richtlinie überhaupt nicht ankomme, da auch Art. 10 I GG eine anlasslose Vorratsdatenspeicherung nicht zwangsläufig verbiete. Ein Vorabentscheidungsverfahren sei daher nicht notwendig.¹⁶ Dies bedeutet, dass selbst bei einer Gültigkeit der Richtlinie der deutsche Gesetzgeber die Vorratsdatenspeicherung hätte anordnen können – die Problematik des eventuellen Vorrangs der Richtlinie stellt sich daher nicht. Das BVerfG geht so einem möglichen Konflikt mit dem EuGH aus dem Weg.¹⁷
- Zu beachten ist zudem, dass sich im Falle des wirklichen § 113a TKG die Frage der europarechtlichen Determiniertheit nur zum Teil stellt, da der reale § 113a TKG Regelungen enthält, die in der Richtlinie nicht vorgesehen sind (z.B. eine Speicherpflicht für Anonymisierungsdienste). Bezüglich dieser durch den deutschen Gesetzgeber hinzugefügten Teile hat das BVerfG unstreitig eine **uneingeschränkte Überprüfungskompetenz** – nicht jedoch bzgl. der zwingenden Vorgaben, die die Richtlinie enthält.
- Die Lösung des BVerfG, das die Verfassungsbeschwerde gegen den realen § 113a TKG für zulässig hielt, ist daher mit der besonderen Fallkonstellation zu erklären. Hier wird deshalb im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG von einer grundsätzlichen Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen § 113a TKG ausgegangen. Die Vereinbarkeit der Richtlinie mit Europarecht wird hilfsgutachterlich geprüft (siehe dazu unten Rn. 37 ff.).

¹³ So auch BVerfGE 118, 79, 95; BVerfG NJW 2010, 833, 835, Tz. 181 – Vorratsdatenspeicherung.

¹⁴ BVerfG NJW 2010, 833, 835, Tz. 182 – Vorratsdatenspeicherung; Roßnagel, NJW 2010, 1238, 1239.

¹⁵ Für eine solche Vorlage argumentieren Kahler, DuD 2008, 449, 450 ff. und Heck, NVwZ 2008, 523, 525 f.

¹⁶ BVerfG NJW 2010, 833, 835, Tz. 183 ff. – Vorratsdatenspeicherung.

¹⁷ Roßnagel, NJW 2010, 1238, 1239.