

medien^{DR}recht

Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht

1/09

AKTUELL **EuGH zur Vorratsdatenspeicherung** – Das Urteil in der
Rechtssache Irland gg. Europäisches Parlament/Rat
Johannes Barbist

Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

MEDIENRECHT **Schutz der Intimsphäre** – Meldung über Fehlgeburt

Müllkinder II: Höchstpersönlicher Lebensbereich –
„Privatöffentlichkeit“

Tod des Privatanklägers – Entschädigungsverfahren

PERSÖNLICHKEITSSCHUTZ **Schwarzfahrer: Bildnisschutz** – Industrieller als „Schwarzfahrer“

URHEBERRECHT **Der Google-Urheberrechtsvergleich: Wer hat Rechte am
digitalen Content?**

Sandra Csillag

Natascha K III: Lichtbildrecht

UMTS-Mobilfunknetz: Mobile-TV – Streaming von Rundfunk-
sendungen – integrale Kabelweiterleitung

LSG gg. Telez (EuGH): Auskunftsanspruch gegenüber Providern

WETTBEWERBSRECHT **Zugabenverbot, quo vadis?**

Roman Heidinger

TV-Starwahl: Gewinnspiel mit Mehrwertnummer –
Glücksspielverbot

aonTV: Fehlen wesentlicher Informationen in einer
Werbeankündigung

Perlen vor die Säue: Beschimpfung einer Konkurrenzzeitung –
immaterieller Schadenersatz

Schiläuffer L.: Verlegerbegriff – wettbewerbsrechtliche Haftung

EuGH zur Vorratsdatenspeicherung

von Johannes Barbist

Das Urteil in der Rechtssache Irland gegen Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union

In seinem Urteil vom 10. Februar 2009 zur Datenvorratspeicherung (Rs C-301/06) bestätigt der EuGH, dass die Data-Retention-Richtlinie¹⁾ (idF „RL“) zulässiger Weise auf der Grundlage von Art 95 EG erlassen wurde. Die viel brisantere Frage, ob die durch die RL vorgegebene Datenbevorratung (samt der von den MS zu schaffenden Abrufmöglichkeit für staatliche Behörden) mit den Grundrechten der Betroffenen vereinbar ist, bleibt offen.

Hintergrund

Unter dem Eindruck der Terroranschläge von New York und Madrid startete der Europäische Rat im Frühjahr 2004 eine Initiative zur Erlassung von EU-weit harmonisierten Rechtsvorschriften über die Aufbewahrung von Verkehrsdaten durch Diensteanbieter. Bis zu diesem Zeitpunkt sahen nämlich lediglich einzelne MS verpflichtende (voneinander stark divergierende) Regelungen zur Datenvorratspeicherung vor. Nach Meinungsdivergenzen über die richtige Rechtsgrundlage für einen solchen europäischen Rechtsakt entschloss sich der Rat schließlich gegen einen Rahmenbeschluss auf Basis des Titels VI EU über die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (sog. „dritte Säule“) und für eine Richtlinie auf Basis von Art 95 EG (sog. „erste Säule“). Nach Vorliegen der Stellungnahme des Europäischen Parlaments verabschiedete der Rat schließlich die – bereits damals heftig diskutierte – RL, wenn auch mit den Gegenstimmen von Irland und der Slowakischen Republik. Irland klagte daraufhin beim EuGH auf Nichtigerklärung der RL. Die Slowakische Republik beteiligte sich als Streithelfer auf Seiten Irlands am Verfahren, während das Königreich Spanien und das Königreich Niederlande – neben der Kommission und (auf den ersten Blick überraschend) dem Europäischen Datenschutzbeauftragten – dem Parlament und dem Rat zu Hilfe eilten. Die Mehrheit der MS, wie z.B. Deutschland, setzten die RL in nationales Recht um (mit unterschiedlicher Regelungsintensität und zu unterschiedlichen Zeitpunkten) oder, wie z.B. Österreich, nutzten das anhängige Verfahren als Feigenblatt für die eigene Untätigkeit.²⁾

Die EuGH-Entscheidung

Einleitend (Rn 57 des Urteils) stellt der EuGH klar, dass „sich die von Irland erhobene Klage allein auf die Wahl der Rechtsgrundlage bezieht und nicht auf eine eventuelle Verletzung der Grundrechte als Folge von mit der Richtlinie 2006/24 verbundenen Eingriffen in das Recht auf Privatsphäre“.

In weiterer Folge prüft der EuGH zunächst, ob die Situation, die zum Erlass der RL geführt hat, ein Vorgehen nach Art 95 EG (Ziel: Beseitigung von Behinderungen des Binnenmarktes) überhaupt rechtfertigte, namentlich ob

- die Unterschiede in den nationalen Regelungen geeignet waren, die Grundfreiheiten zu beeinträchtigen oder Wettbewerbsverzerrungen zu verursachen und sich auf diese Weise unmittelbar auf das Funktionieren des Binnenmarkts auswirkten und
- das Entstehen solcher Hindernisse für den Handel wahrscheinlich war und die fragliche Maßnahme ihre Vermeidung bezweckte.

Der EuGH bejaht beides unter Verweis auf (i) zum Zeitpunkt des Erlasses der RL bereits vorhandene Regelungen der Vorratsdatenspeicherung in einigen MS (mit zum Teil erheblichen Unterschieden insb hinsichtlich der Natur der gespeicherten Daten und ihrer Speicherungsfrist), (ii) die damit verbundenen erheblichen wirtschaftlichen Auswirkungen für die Diensteanbieter (hohe Investitionen und Betriebskosten) und (iii) die absehbare Einführung von Regelungen zur Vorratsdatenspeicherung auch durch die anderen MS.

Soweit die RL auch die Richtlinie 2002/58 ändert, bestätigt der EuGH den notwendigen „Gleichlauf“ der Rechtsgrundlagen zwischen der Basisrichtlinie (Richtlinie 2002/58) und der Änderungsrichtlinie (RL), weshalb Art 95 EG jedenfalls in diesem Umfang die richtige Rechtsgrundlage sei.

Dr. Johannes Barbist, Rechtsanwalt und Partner der Kanzlei Binder Grösswang Wien-Innsbruck

- 1) Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über die Vorratspeicherung 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, ABI Nr. L 105 vom 13/04/2006 S. 54ff.
- 2) Vgl zur RL und zur Umsetzung (Österreich und Deutschland) für viele *Otto/Seitlinger*, Zur (Umsetzungs-)Problematik der Data Retention Richtlinie 2006/24/EG, MR 2006, 227; *Westphal*, Die Richtlinie zur Vorratspeicherung von Verkehrsdaten, Juridikum 2006, 34; *Schäfer*, TKG-Novelle zur Vorratsdatenspeicherung, NetV 2008, 23. Zu Deutschland: *Westphal*, Die neue EG-Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung, EuZW 2006, 555ff (558f) mwN; *Gütter/Schnabel*, Die Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung und ihre Umsetzung in das nationale Recht, MMR 2007/411; *Leutheusser-Schnarrenberger*, Vorratsdatenspeicherung, ZRP 2007/9; *Zöller*, GA 2007/393; *Wüstenberg*, Vorratsdatenspeicherung und Grundrechte, MR-Int 2006, 91.

Auf einer letzten Stufe prüft der EuGH den materiellen Gehalt der RL-Bestimmungen: Diese betreffen die Angleichung der nationalen Rechtsvorschriften in Bezug auf die Vorratsspeicherungspflicht, die Kategorien von auf Vorrat zu speichernden Daten, die Speicherdauern, den Datenschutz und die Datensicherheit sowie die Anforderungen an die Vorratsdatenspeicherung. Damit erfasst die RL nach Auffassung des EuGH lediglich die Tätigkeiten der Diensteanbieter im betroffenen Sektor des Binnenmarktes; nicht geregelt würden hingegen die unter Titel VI EU fallenden staatlichen Tätigkeiten, namentlich Maßnahmen polizeilicher oder justizieller Zusammenarbeit in Strafsachen inklusive der Frage des Zugangs zu den Daten durch die zuständigen nationalen Strafverfolgungsbehörden und der Frage der Verwendung und des Austauschs dieser Daten zwischen diesen Behörden. Indem sich die RL aber gerade nicht auf Handlungen staatlicher Stellen zu Strafverfolgungszwecken erstreckt, seien die Erwägungen im Urteil vom 30. Mai 2006, Parlament/Rat und Kommission, C-317/04 und C-318/04³⁾ auf den konkreten Fall nicht übertragbar.

Im Ergebnis hält der EuGH fest, dass die RL in überwiegendem Maß das Funktionieren des Binnenmarktes betrifft und damit das Tätigwerden des Gemeinschaftsgesetzgebers auf der Grundlage von Art 95 EG begründet war.

Bemerkungen und Schlussfolgerungen

1. Die Argumentation des EuGH hinterlässt beim interessierten Leser auf den ersten Blick ein Gefühl des Unbehagens, hat doch die RL – unbestrittenermaßen – das Ziel (neben jenem der Beseitigung der Behinderungen des Binnenmarktes für elektronische Kommunikation⁴⁾) sicherzustellen, „dass die Daten zum Zwecke der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von schweren Straftaten ... zur Verfügung stehen“ (Art 1 Abs 1 RL). Damit scheint die RL von ihrer Zweckbestimmung her in engem Zusammenhang mit der „polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen“ iSd Titels VI EU zu stehen⁵⁾.

Allerdings bezwecken die Bestimmungen der RL lediglich die Angleichung der nationalen Rechtsvorschriften in Bezug auf die Vorratsspeicherungspflicht (Art 3 RL), die Kategorien von auf Vorrat zu speichernden Daten (Art 5 RL), die Speicherdauern (Art 6 RL), den Datenschutz und die Datensicherheit (Art 7 RL) sowie die Anforderungen an die Vorratsdatenspeicherung (Art 8 RL). Die RL regelt damit bloß das Stadium vor der eventuellen Durchführung einer Maßnahme der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen im Interesse der Harmonisierung der mit der Ausübung der Geschäftstätigkeit der Diensteanbieter eng verbundenen Frage der Datenspeicherung. Wie sich aus Art 4 RL⁶⁾ ergibt, harmonisiert die RL hingegen weder die Frage des Zugangs zu den Daten durch die zuständigen nationalen Strafverfolgungsbehörden noch die Frage der Verwendung und des Austauschs dieser Daten zwischen diesen Behörden. Die RL wagt sich also nicht in den heiklen Bereich des Zugriffs auf die gespeicherten Daten durch die (und den Datenaustausch zwischen den) Behörden und ordnet daher nicht Maßnahmen polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit iSd Titels VI EU an (dies obliegt vielmehr den MS, wozu sie durch die RL aber auch gezwungen werden). Die vorsorgliche Datenspeicherung wird also vom inhaltlich eingeschränkten Maßnahmenkatalog des Titels VI EU nicht erfasst.

Eine Mitregelung dieses Bereichs im Rahmen eines Rechtsaktes der dritten Säule hätte zwar den Vorzug, die Vorratsspeicherung von Daten durch die Datenanbieter und die Details ihrer Zusammenarbeit mit den nationalen Strafverfolgungsbehörden in einem einzigen kohärenten Rechtsakt zu regeln,⁷⁾ würde aber gegen den Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor dem Unionsrecht (Art 47 EU⁸⁾, für die dritte Säule im Besonderen Art 29 EU⁹⁾), verstoßen. Dies deshalb, weil der EuGH eben eine Kompetenz der EG zur Regelung der Datenbevorratung auf Basis von Art 95 EG bejaht hat. Diese künstlich anmutende Aufteilung der Handlungsbereiche gründet also auf dem unionsrechtlich verankerten Drei-Säulen-Modell, nicht aber auf leicht kritisierbaren Irrungen des Gerichtshofs. Das Urteil ist daher in diesem Punkt nicht zu beanstanden.

- 3) Darin hielt der EuGH fest, dass die Entscheidung 2004/535/EWG (und das darin genannte Abkommen) die Verarbeitung und Übermittlung von Fluggastdaten aus Buchungssystemen der im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten ansässigen Fluggesellschaften an die US-amerikanische Zoll- und Grenzschutzbehörde und damit eine Datenverarbeitung zum Gegenstand hat, die nicht für die Erbringung einer Dienstleistung durch die Fluggesellschaften erforderlich war, sondern als erforderlich zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und zu Strafverfolgungszwecken angesehen wurde. Diese Datenverarbeitung fiel nach Auffassung des EuGH außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 95/46 und konnte daher aufgrund seines Strafverfolgungszwecks nicht auf Basis von Art. 95 EG rechtsgültig angeordnet werden.
- 4) Vgl. Erwägungsgrund 6 und Art 1 Abs 1 RL.
- 5) Als Maßnahmen polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit sind in Titel VI EU namentlich angeführt (i) engere Zusammenarbeit der Polizei-, Zoll- und anderer zuständiger Behörden in den MS, sowohl unmittelbar als auch unter Einschaltung von Europol, nach den Artt 30 und 32 EUV, (ii) engere Zusammenarbeit der Justizbehörden sowie anderer zuständiger Behörden der MS, auch unter Einschaltung von Eurojust, nach den Artt 31 und 32 EUV, und (iii) Annäherung der Strafvorschriften der MS nach Art 31 Buchstabe e EUV, soweit dies erforderlich ist (Art 29 EUV).
- 6) „Die Mitgliedstaaten erlassen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die gemäß dieser Richtlinie auf Vorrat gespeicherten Daten nur in bestimmten Fällen und in Übereinstimmung mit dem innerstaatlichen Recht an die zuständigen nationalen Behörden weitergegeben werden. Jeder Mitgliedstaat legt in seinem innerstaatlichen Recht unter Berücksichtigung der einschlägigen Bestimmungen des Rechts der Europäischen Union oder des Völkerrechts, insbesondere der EMRK in der Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, das Verfahren und die Bedingungen fest, die für den Zugang zu auf Vorrat gespeicherten Daten gemäß den Anforderungen der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit einzuhalten sind.“
- 7) Vgl. in diesem Sinne schon die Schlussanträge des GA Yves Bolt vom 14.10.2008 in dieser Rechtssache, Rn 108.
- 8) „... lässt der vorliegende Vertrag die Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften ... unberührt.“
- 9) „Unbeschadet der Befugnisse der Europäischen Gemeinschaft ...“

2. Der EuGH betont, mit seinem Urteil ausschließlich die Frage nach der Wahl der richtigen Rechtsgrundlagen innerhalb der Rechtsordnung der EU zu klären. Die Klage Irlands beziehe sich nämlich „nicht auf eine eventuelle Verletzung der Grundrechte als Folge von mit der Richtlinie 2006/24 verbundenen Eingriffen in das Recht auf Privatsphäre“ (Rn 57 des Urteils). Damit bleibt die Frage der Konformität der RL mit den primärrechtlichen Grundrechtsgarantien (insb Art 8 EMRK, Art 8 Charta der Grundrechte der Europäischen Union) offen. Es ist aber zu erwarten, dass sich der EuGH dazu in nächster Zeit noch äußern wird müssen.

3. Auf nationaler Ebene wird sich Österreich nun doch an die Umsetzung der RL machen (müssen)¹⁰. Das BMVIT will laut Pressemeldung einen Text ausarbeiten, der „allen datenschutzrechtlichen und rechtsstaatlichen Standards und Erfordernissen gerecht werden soll“¹¹, und sich dabei einer Expertengruppe unter der Federführung des Ludwig-Boltzmann-Instituts für Menschenrechte als Subunternehmer bedienen. Insb folgende grundrechtsrelevante Themen werden zu klären sein:

- die Begriffsbestimmung für „schwere Straftaten“ als Anknüpfungspunkt für die Übermittlungspflicht. Die RL gibt dazu keine näheren Anhaltspunkte;¹²
- der Kreis der zugriffsberechtigten Behörden;
- die für einen Zugriff bzw. die Übermittlung einzuhaltenden Bedingungen und Verfahren;
- die Speicherfrist (6 bis 24 Monate mit Verlängerungsoption) samt Löschungspflicht nach Fristablauf;
- Sanktionen;
- nähere Regelungen zur Sicherheit der gespeicherten Daten;
- wohl auch Überwälzung der Kosten der Datenspeicherung.

Die Umsetzung ins nationale Recht muss dabei unter Beachtung der grundrechtlichen Schranken (insb Art 8 EMRK, DSGVO) und im Einklang mit den gemeinschaftsrechtlichen (insb RL, Datenschutzrichtlinien) und völkerrechtlichen Schranken (Übereinkommen des Europarates über Datenstrafkriminalität, Übereinkommen des Europarates zum Schutz der Menschen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte) erfolgen.

4. Die Brisanz des Themenkomplexes ist beachtlich. Kaum ein anderes Regelwerk der letzten Jahre bringt die sensible Balance zwischen Freiheit und Ordnung (Sicherheit) derart in Bedrängnis. Dies sieht offenbar auch das deutsche Bundesverfassungsgericht so, hat es doch den Vollzug einzelner Bestimmungen des deutschen Telekommunikationsgesetzes zur Datenvorratspeicherung und Übermittlung an Behörden im Wege einstweiliger Anordnungen teilweise ausgesetzt. Demnach sind die verlangten Daten

„nur dann an die Strafverfolgungsbehörde zu übermitteln, wenn Gegenstand des Ermittlungsverfahrens eine schwere Straftat im Sinne des § 100a Abs. 2 [deutsche] StPO ist, die auch im

Einzelfall schwer wiegt, der Verdacht durch bestimmte Tatsachen begründet ist und die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre“¹³.

Dieses Ergebnis gründet auf einer sorgfältigen Abwägung der gewichtigen Nachteile für die Betroffenen (sowohl die Möglichkeit des Zugriffs als auch der Abruf selbst werden als schwerwiegender Eingriff in das Grundrecht aus Art 10 Abs 1 Grundgesetz qualifiziert) und dem öffentlichen Strafverfolgungsinteresse. Vorläufig ausgesetzt ist demzufolge in Deutschland zwar nicht die Pflicht zur Speicherung auf Vorrat als solche, grundsätzlich aber die Pflicht der Diensteanbieter zur Übermittlung der bevorrateten Daten an staatliche Stellen. Dieses grundsätzliche Übermittlungsverbot wird nur dort gelockert, wo eine Beschneidung der Rechte des Betroffenen infolge höherrangiger Sicherheitsinteressen nach vorläufiger Prüfung als verhältnismäßig angesehen wird.¹⁴ Die Entscheidung in der Hauptsache darf mit Spannung erwartet werden.

5. Ein Wunsch an den Gesetzgeber: Die RL sollte mit Behutsamkeit, Augenmaß und im Geiste des deutschen Bundesverfassungsgerichts umgesetzt werden. Es geht auf den ersten Blick nur um eine weitere Klärung des Verhältnisses von Freiheit und Sicherheit in unserer Gesellschaft; tatsächlich steht aber das Fundament einer offenen, demokratisch organisierten Gesellschaft zur Diskussion.

10) Die RL wäre grundsätzlich bereits bis Mai 2008 umzusetzen gewesen. Hinsichtlich der Speicherung von Kommunikationsdaten betreffend Internetzugang, Internet-Telefonie und Internet-E-Mail erklärte Österreich ein 18-monatiges Moratorium (Erklärung gem 15 Abs 3 RL).

11) Siehe Pressemeldung des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie vom 10.02.2009, Download unter <http://www.bmvit.gv.at/presse/aktuell/nvm/2009/0210OTS0100.html> (10.02.2009).

12) Vgl dagegen der Katalog in Art. 2 des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (2002/584/JI), ABIL 190/1 vom 18.7.2002.

13) Vgl Beschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 11. März 2008 – 1 BVR 256/08, download unter http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20080311_1bvr025608.html.

14) Der Diensteanbieter hat das Suchergebnis nur noch mitzuteilen, wenn die Anordnung des Abrufs eine schwere Straftat iSd § 100a Abs 2 deutsche StPO betrifft, die auch im konkreten Einzelfall schwer wiegt, der Verdacht durch bestimmte Tatsachen begründet ist und die Erforschung des Sachverhalts oder Ermittlung des Aufenthaltsorts des Beschuldigten auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre.

Literaturtipp: Welche Daten müssen nach der RL betreffend die Vorratsdatenspeicherung gespeichert werden, welche können technisch überhaupt gespeichert werden? Eine aufschlussreiche Auseinandersetzung mit diesen Fragen findet sich bei *Stampfl/Gansterer/Ilger, Data Retention – The EU Directive 2006/24/EC from a Technological Perspective*, Medien und Recht Wien (2008), 160 Seiten, EUR 29,-,-. ISBN: 978-3-900741-53-2