

Das Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts zur Vorratsdatenspeicherung

Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser am 8. Oktober 2010 an der Universität Breslau gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten.

PROF. DR. GERRIT MANSSEN

1. Die Vorratsdatenspeicherung in Polen und Deutschland

Haben Sie am 12. September 2010 den Verfasser dieses Beitrages angerufen, um ihm zum 51. Geburtstag zu gratulieren? Oder am 12. September 2009 zum 50. Geburtstag? Oder ihm eine Email geschrieben? Oder eine SMS? Nehmen wir an, die Strafverfolgungs- oder die Sicherheitsbehörden in Polen oder Deutschland hätten Interesse an diesen Informationen, etwa weil sie den Verdacht haben, der Verfasser gehöre zu den Unterstützern des internationalen Terrorismus: Könnte man noch feststellen, ob Sie mir mit Kontakt hatten, gegebenenfalls unter Rückgriff auf die Daten ihres Mobilfunkunternehmens?

Soweit Sie in Breslau studieren, werden Sie ein in Polen angemeldetes Handy haben. Dann ließe sich die Sache feststellen. In Umsetzung der europäischen Richtlinie 2006/24/EG vom 15. März 2006 ist zum 1. Januar 2010 das polnische Telekommunikationsrecht angepasst worden, das im Übrigen auch schon vorher eine Vorratsdatenspeicherung kannte. In Deutschland bestände hingegen derzeit kaum eine Möglichkeit, die entsprechenden Daten abzufragen. Das Bundesverfassungsgericht hat die in Umsetzung der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie erlassenen Vorschriften des deutschen Telekommunikationsgesetzes (§§ 113a und 113b TKG) zunächst durch eine einstweilige Anordnung weitgehend beschränkt.¹ Im Hauptsacheverfahren wurden die Regelungen für mit dem Fernmeldegeheimnis des Art. 10 Abs. 1 GG unvereinbar und nichtig erklärt.² Die vom europäischen Richtlinienrecht verlangte Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten sei zwar nicht schlechthin mit dem grundrechtlich geschützten Fernmeldegeheimnis unvereinbar. Die vom deutschen Gesetzgeber gewählte Ausgestaltung sei jedoch zu beanstanden. Es fehlten die zum Schutz des Grundrechts des Fernmeldegeheimnisses notwendigen Regelungen zu Datensicherheit, Datenverwendung, Transparenz und Rechtsschutz.

Der deutsche Gesetzgeber muss sich also wieder an die Arbeit machen. Er soll – so das Verfassungsgericht – »anspruchsvolle« und »normenklare« Regelungen erlassen, z. B. dazu, wie die Daten zu sichern sind. Er soll den Zugriff der Behörden nur beim Verdacht einer schweren Straftat oder zum Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter (Leben, körperliche Unversehrtheit, Bestand oder Sicherheit des Staates) zulassen. Außerdem soll ein Richter über die Zulässigkeit von Abfrage und Übermittlung der Daten entscheiden. An diesen und anderen verfassungsrechtlich notwendigen Vorkehrungen fehlte es nach dem bisherigen Recht.³

Das Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts erscheint für ein rechtsvergleichendes Symposium in verschiedener Hinsicht interessant. Ist es wirklich überzeugend, dass eine flächendeckende und anlasslose Speicherung von Verkehrsdaten bei den Anbietern von Telekommunikationsdienstleistungen mit dem Grundrecht des Fernmeldegeheimnisses nach Art. 10 Abs. 1 GG (übertragen auf Polen mit dem Schutz des Kommunikationsgeheimnisses nach Art. 49 der polnischen Verfassung) vereinbar ist? Die Frage lässt sich auch für die anderen Mitgliedstaaten der Union stellen. Die Umsetzung der Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung verlief sehr schleppend, weil in vielen Mitgliedstaaten verfassungsrechtliche Bedenken erhoben wurden.⁴ Derzeit laufen gegen mehrere Mitgliedstaaten Vertragsverletzungsverfahren wegen Nichtumsetzung der Richtlinie. Schweden weigert sich trotz einer Verurteilung durch den Europäischen Gerichtshof⁵ weiterhin die Richtlinie umzusetzen.⁶

Auch auf europäischer Ebene stellen sich Probleme des Grundrechtsschutzes. Ist die entsprechende Richtlinie überhaupt mit Art. 7 der Europäischen Grundrechtscharta (Achtung der Kommunikation) und Art. 8 EMRK (Achtung der Korrespondenz) in Übereinstimmung zu bringen?⁷ Und wer fühlt sich überhaupt dazu berufen, die Grundrechte der Bürger in Deutschland oder Polen zu schützen? Wird die mögliche Verletzung der genannten Rechten wirklich geprüft, oder scheuen beispielsweise Europäischer Gerichtshof und deutsches Bundesverfassungsgericht die Konfrontation miteinander, vor allem aber die Konfrontation mit dem Vorwurf, nach Auffassung der Sicherheitsbehörden und der Gesetzgeber notwendige Maßnahmen zur Terrorismusbekämpfung zu verhindern?

2. Die Prüfung der Vorratsdatenspeicherung durch Europäischen Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht

Die Einführung der Vorratsdatenspeicherung auf Grundlage der Richtlinie 2006/24/EG hat in Deutschland erhebliche Kontroversen ausgelöst. Mehr als 34.000 Bürger haben Verfassungsbeschwerden zum Bundesverfassungsgericht erhoben,⁸ ein Rekordwert in der Geschichte des Verfassungsgerichts. Das polnische Verfassungsgericht dürfte angesichts solcher Zahlen vermutlich froh sein, dass es eine Individualverfassungsbeschwerde gegen Gesetze in Polen nicht gibt.

Die Verfassungsmäßigkeit der Vorratsdatenspeicherung wurde von den Beschwerdeführern in Deutschland mit vielfältigen Argumenten in Frage gestellt. Vor allem könnten Straftäter den Zugriff der staatlichen Stellen auf Verkehrsdaten leicht ins Leere laufen lassen, etwa durch die Benutzung von Prepaid-Handys, die unter falschem Namen angemeldet werden könnten. Schon die Geeignetheit der Maßnahme sei deshalb fraglich. Es gebe die Möglichkeit des in den USA eingesetzten sog. Quick-Freezing-Verfahrens, bei dem die Daten verdächtiger Personen bei entsprechendem Anlass auf Grund einer behördlichen Anordnung gespeichert werden, ohne die ganze Bevölkerung in ihrem Telekommunikationsverhalten zu erfassen.⁹ Deshalb sei die Maßnahme auch nicht erforderlich. Bezweifelt wird schließlich die Verhältnismäßigkeit der Vorratsdatenspeicherung. Die Telekommunikationsverkehrsdaten böten die Möglichkeit, ein umfassendes Persönlichkeits- und Verhaltensprofil eines jeden Bürgers zu stellen. Der Nutzen für die Strafverfolgung und Gefahrenabwehr sei hingegen gering.

Diese Einwände sind schwerwiegend. Benötigen die Sicherheits- und Strafverfolgungsbehörden neben den bisher eingeführten Eingriffsbefugnissen zur Abwehr oder Verfolgung von schweren Straftaten wie der Telefonüberwachung, der akustischen und optischen Wohnraumüberwachung und der Online-Durchsuchung von Computern auch noch das Recht zur Feststellung des Telekommunikationsverhaltens? Liegt nicht eine anlasslose Speicherung von Daten auf Vorrat vor, die nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts schlechthin verfassungswidrig sein soll?¹⁰

Zunächst hatte der Europäische Gerichtshof in Luxemburg (EuGH) die Gelegenheit, sich zur Vereinbarkeit der Vorratsdatenspeicherung mit Grundrechten zu äußern. Er hat es in seiner Entscheidung vom 10. Februar 2009 jedoch vorgezogen, die schwierigen Grundrechtsfragen zunächst einmal nicht zu beantworten. Eine Nichtigkeitsklage Irlands gegen die Richtlinie wurde abgewiesen.¹¹ Obwohl die Slowakei sich der Klage angeschlossen und grundrechtliche Bedenken gegen die Richtlinie geltend gemacht hatte,¹² beschränkte sich der EuGH in seiner Entscheidung auf die Frage der richtigen Rechtsgrundlage.¹³ Ursprünglich sollte ein Rahmenbeschluss nach dem EUV getroffen werden, hierfür war jedoch die notwendige Einstimmigkeit nicht zu errei-



chen. So verfiel man auf die Idee, eine Richtlinie nach Art. 95 EGV zu erlassen, die dann mit den notwendigen Mehrheiten beschlossen wurde. Erstaunlicherweise akzeptierte der Europäische Gerichtshof dieses Umgehungsmanöver¹⁴ und sah Art. 95 EGV als richtige Rechtsgrundlage an. Seitdem wissen die europäischen Bürger, dass das maßgebliche Ziel der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie keinesfalls die Bekämpfung des internationalen Terrorismus, sondern die Vollendung des Binnenmarktes ist. Zwar fehlt es in der Richtlinie an Bestimmungen, ob und wie die Telekommunikationsunternehmen für die Pflicht zur Datenspeicherung zu entschädigen sind; in einigen Ländern werden die Unternehmen entschädigt, in anderen nicht. Der Umfang der Speicherverpflichtung kann zwischen sechs Monaten und zwei Jahren liegen. Die Belastungen für die Unternehmen sind deshalb in den einzelnen Mitgliedstaaten ganz unterschiedlich.¹⁵ Ohne die Richtlinie drohen jedoch Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten und Wettbewerbsverzerrungen, so der Gerichtshof. Der Binnenmarkt muss geschützt werden.¹⁶ Immerhin gibt es einen Trost für diese wenig überzeugende Rechtsprechung: Das Problem hat sich durch den Lissabon-Vertrag erledigt, nach neuer Rechtslage wäre auch im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit eine Mehrheitsentscheidung möglich.¹⁷

Nachdem sich der Europäische Gerichtshof den grundrechtlichen Fragen der Vorratsdatenspeicherung nicht gestellt hatte, war mit Spannung zu erwarten, wie das deutsche Verfassungsgericht reagieren würde. Immerhin sollen die Grundrechte jedenfalls in Deutschland in einem »Kooperationsverhältnis« zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof geschützt werden, so das Bundesverfassungsgericht in der Maastricht-Entscheidung.¹⁸ Das Bundesverfassungsgericht hatte aber schon in der sog. Bananenmarkt-Entscheidung klargestellt, dass ein Eingrei-

1 BVerfGE 121, 1 ff.; die vorläufige Außerkraftsetzung des Gesetzes wurde in der Folgezeit mehrfach wiederholt.

2 BVerfG, Urteil vom 2. März 2010, 1 BvR 256/08, 263/08, 586/08. Zu dieser Entscheidung siehe etwa Durner, JA 2010, 391/392; Forgo/Krügel, K&R 2010, 217 ff.; Hornung/Schnabel, DVBl. 2010, 824 ff.; Möstl, DVBl. 2010, 808 ff.

3 Ausführlicher Hornung/Schnabel, DVBl. 2010, 824/829 ff.

4 Siehe Forgo/Jussi/C. Krügel/T. Krügel, DuD 2008, 680 ff.

5 Az.: C-185/09.

6 Vgl. MMR-Aktuell 2010, 298689.

7 Ausführlicher dazu Edenharter, in: Uerpmann (Hrsg.), Das neue Computergrundrecht, 2009, 111/119.

8 Vgl. Hornung/Schnabel, DVBl. 2010, 824/824.

9 Vgl. Edenharter (o. Fußn. 7), S. 121.

10 Siehe BVerfGE 65, 1, 46 f.; 115, 320, 350; 118, 168, 187.

11 EuGH, Rs. C-301/06 vom 10.02.2009. Zu dieser Entscheidung siehe auch Terhechte, EuZW 2009, 199 ff.

12 Siehe auch Terhechte, EuZW 2009, 199/202.

13 Zustimmend insoweit Edenharter (o. Fußn. 7), S. 123, da nur solche Sachrügen geprüft werden dürften, auf die sich der Kläger berufe.

14 Vgl. Terhechte, EuZW 2009, 199/200: Der Erlass der Richtlinie trage deutliche Züge eines Umgehungsmanövers.

15 Zu den unterschiedlichen Regelungen siehe auch Forgo/Jussi/C. Krügel/T. Krügel, DuD 2008, 680/682.

16 Zu Recht kritisch Kindt, MMR 2009, 661/664; Terhechte, EuZW 2009, 199/203.

17 Terhechte, EuZW 2009, 199/204.

18 Siehe BVerfG 89, 155/175. Bestätigt wird dieser Ansatz in der Lissabon-Entscheidung, BVerfGE 123, 267, 325. Übersicht zur Rechtsprechung des BVerfG bei van Ooyen, Recht und Politik 2010, 98 ff.

fen des deutschen Verfassungsgerichts nur dann in Betracht kommt, wenn der vom Grundgesetz als unabdingbar angeordnete Grundrechtsschutz auf europäischer Ebene generell nicht mehr gewährleistet wird.¹⁹ Ob der Grundrechtsschutz im konkreten Fall garantiert werde, sei nicht zu prüfen. Man verlässt sich also darauf, dass sich die Europäische Union und speziell ihr Gerichtshof auch um Grundrechte kümmern. Erst wenn quasi die Europäische Union erklären würde, dies in Zukunft nicht mehr zu tun, könnte danach das Bundesverfassungsgericht eingreifen.

Es ist deshalb nicht weiter verwunderlich, dass das Bundesverfassungsgericht die bei ihm eingereichten Verfassungsbeschwerden gegen die Vorratsdatenspeicherung zunächst einmal für unzulässig hält, soweit es um die europarechtlich verpflichtende Umsetzung der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie geht. Es ließe sich nicht feststellen, dass der vom Grundgesetz verlangte Schutz des Wesensgehaltes der Grundrechte auf europäischer Ebene generell nicht gewährleistet würde.²⁰ Begründet wird dies nicht, dafür war in den 345 Absätzen der Entscheidung wohl kein Platz mehr. Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes, in welcher dieser die Prüfung von Grundrechten trotz Rüge durch die Slowakei nicht vorgenommen hatte, wird an dieser Stelle auch nicht zitiert.

Die Umsetzung von zwingendem Richtlinienrecht wird deshalb vom Bundesverfassungsgericht eigentlich nicht geprüft, sondern nur die verfassungsgemäße Umsetzung in dem Bereich, in welchem der deutsche Gesetzgeber Gestaltungsfreiheit hat (also z. B. die Frage, ob die Verkehrsdaten 6, 12 oder 24 Monate gespeichert werden müssen oder ob man die Unternehmen entschädigt). Dann folgt in der Entscheidung des Verfassungsgerichts eine nicht ganz leicht verständliche Passage: Weil die Beschwerdeführer vortragen, die Richtlinie sei nichtig, da sie auf die falsche Kompetenzgrundlage gestützt sei und zudem gegen europäische Grundrechte verstoße, seien auch die auf zwingendem Richtlinienrecht beruhenden Vorschriften am Maßstab des Grundgesetzes zu prüfen.²¹ Anders ausgedrückt: Die Vorratsdatenspeicherung nach deutschem Recht wird am deutschen Grundgesetz insgesamt geprüft, weil die zu Grunde liegende europäische Richtlinie nichtig sein könnte, obwohl der Europäische Gerichtshof die Nichtigkeitsklage gegen die Richtlinie abgewiesen hatte.

Das Verhältnis des deutschen Bundesverfassungsgerichts zum Europäischen Gerichtshof in Luxemburg ist bisher ein Nichtverhältnis. Die deutschen Verfassungsrichter zeigen keinerlei Neigung, eine Vorlage nach Art. 267 AEUV an den Europäischen Gerichtshof vorzunehmen. Allem Anschein nach wird alles versucht, um eine solche Vorlage zu vermeiden. Vor allem will man sich dem Europäischen Gerichtshof nicht unterordnen, man besteht auf einem »Nebeneinander« der Gerichtsbarkeiten beim Grundrechtsschutz und nach den Lissabon- und Honeywell-Entscheidungen auf einem Letztentscheidungsrecht bei hinreichend qualifizierten Kompetenzverstößen der Europäischen Organe.²²

Die dargestellte Überlegung, quasi hilfsweise die Nichtigkeit der Richtlinie zu unterstellen, dient dementsprechend dazu, eine Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV zu vermeiden, trotzdem aber die Vereinbarkeit der Vorratsdatenspeicherung mit deutschen Grundrechten prüfen zu können. Das Problem der Wirksamkeit der Richtlinie stellt sich nicht, wenn das Gericht die Verfassungsmäßigkeit bejaht, weil das Umsetzungsgesetz auch als rein deutsches Gesetz Bestand hätte. Eine unwirksame Richtlinie führt nach allgemeinen völkerrechtlichen Regelungen nicht zur Nichtigkeit des innerstaatlichen Gesetzes, das die Richtlinie umsetzt. Denn die Richtlinie ist ja normhierarchisch nicht Rechtsgrundlage für das innerstaatliche Gesetz.

Die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ist konstruktiv sicherlich vertretbar. Unter demokratischen Gesichtspunkten ist dieser Ansatz aber unbefriedigend. Die Frage der Wirksamkeit der europäischen Richtlinie ist innerstaatlich ein entscheidender Punkt im öffentlichen Meinungsbildungsprozess. Ich bezweifle sehr, dass eine Vorratsdatenspeicherung als nationaler Beitrag zur Terrorismusbekämpfung von Bundestag und Bundesrat beschlossen worden wäre. Bei der Umsetzung einer europäischen Richtlinie sehen sich die gesetzgebenden Organe als zur Umsetzung verpflichtet an. Eine inhaltliche Diskussion über das Gesetz findet kaum statt. Ich bezweifle noch mehr, dass das Bundesverfassungsgericht ohne zu Grunde liegende europäische Richtlinie eine solche massenhafte Speicherung von privaten Daten für verfassungsmäßig gehalten hätte.²³ Man stelle sich den Aufschrei vor, der eingetreten wäre, wenn in den achtziger oder neunziger Jahren des 20. Jahrhunderts der Gesetzgeber auf die Idee gekommen wäre, etwa zur Bekämpfung des Terrors der sog. Rote-Armee-Fraktion ein Gesetz zu erlassen, wonach die Deutsche Bundespost alle privaten Briefsendungen nach Absender und Empfänger listenmäßig zu erfassen gehabt hätte, damit die Sicherheitsbehörden feststellen könnten, wer wem wann einen Brief geschrieben hat. Das wäre fast der Schulfall eines unverhältnismäßigen Eingriffs in das Postgeheimnis gewesen. Ein solches Gesetz wäre vom Bundesverfassungsgericht niemals für verfassungsgemäß angesehen worden.

Würde sich das deutsche Bundesverfassungsgericht weniger der Vermeidung des eigenen Bedeutungsverlustes im Verhältnis zum Europäischen Gerichtshof und mehr dem Schutz der Grundrechte in Deutschland verpflichtet sehen, hätte eine Vorlage nach Art. 267 AEUV wegen des möglichen Verstoßes der Richtlinie gegen die Europäische Grundrechtecharta oder die Europäische Menschenrechtskonvention vorgenommen werden müssen. Die Voraussetzungen dafür hätten vorgelegen. Art. 267 AEUV gibt dem vorlegenden Gericht einen weiten Ermessensspielraum hinsichtlich der Annahme der Voraussetzungen einer Vorlage. Der Europäische Gerichtshof wäre dann gezwungen gewesen, die grundrechtlichen Fragen der Vorratsdatenspeicherung zu beantworten. Danach hätte sich das Bundesverfassungsgericht überlegen können, ob auf europäischer Ebene

der vom Grundgesetz verlangte Schutz des Wesensgehaltes der Grundrechte wirklich stattfindet. Nur eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs hätte schließlich den Weg zu einer demokratischen Grundsätzen entsprechenden und transparenten innerstaatlichen Beschlussfassung geöffnet. Jetzt beschließen Bundestag und Bundesrat neu über die Vorratsdatenspeicherung, ohne zu wissen, ob die Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung im Hinblick auf europäische Grundrechte wirksam oder nichtig ist.

3. Zur Verfassungsmäßigkeit der Vorratsdatenspeicherung

Warum hat nun das Bundesverfassungsgericht die Vorratsdatenspeicherung für verfassungsmäßig gehalten? Das Gericht prüft die Verfassungsmäßigkeit der Vorratsdatenspeicherung quasi schulmäßig, so wie man es auch von einem Studierenden im dritten Semester erwarten würde.²⁴ Zunächst stellt das Gericht zutreffend fest, dass die Speicherpflicht einen Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte Fernmeldegeheimnis (Art. 10 Abs. 1 GG) darstellt. Die Effektivierung der Strafverfolgung, die Gefahrenabwehr und die Erfüllung der Aufgaben der Nachrichtendienste seien legitime Zwecke, die Eingriffe in das Grundrecht rechtfertigen könnten. Die Maßnahme sei auch geeignet, weil sie die Zweckerreichung fördere. Dass sie von Kriminellen durch die Benutzung von unter falschem Namen angemeldeten Prepaid-Handys, Hotspots, Internetcafés etc. unterlaufen werden könne, ändere nichts an der Geeignetheit. Das Regelungsziel müsse nicht in jedem Einzelfall auf jeden Fall erreicht werden.²⁵

Die Maßnahme sei auch erforderlich. Es gäbe kein gleich wirksames, milderes Mittel. Das sog. Quick-Freezing-Verfahren könne nur solche Daten erfassen, die noch vorhanden seien, wirksamer sei – selbstverständlich – eine sechsmonatige vollständige Erfassung des Datenbestandes.

Schließlich sei die Maßnahme auch verhältnismäßig.²⁶ Es handle sich zwar um einen besonders schweren Eingriff mit einer Streubreite, wie ihn die Rechtsordnung bisher nicht kenne. Die Speicherung erfolge aber bei den privaten Anbietern, nicht bei einer staatlichen Stelle. Die Daten würden auch nicht zusammengeführt, wenn mehrere Anbieter genutzt würden. Der Abruf der Daten erfolge erst in einem zweiten Schritt und dann unter besonderen Voraussetzungen. Hinzugefügt wird eine Mahnung an den Gesetzgeber: Die Vorratsdatenspeicherung müsse die Ausnahme bleiben. Eine vorsorgliche Speicherung von allen für die Strafverfolgung und Gefahrenabwehr möglicherweise nützlichen Daten sei verfassungswidrig.²⁷

Die Gesamtabwägung, die das Verfassungsgericht vornimmt, überzeugt letztlich nicht. Eine Maßnahme mit nie gekannter Streubreite und erheblicher Eingriffsintensität wird verfassungsrechtlich durchgewunken, obwohl der Nutzen für die Gefahrenabwehr und Strafverfolgung eher vage ist. Sicherheits- und Strafverfolgungsbehörden sind

wie kleine Kinder. Wenn sie das eine Spielzeug bekommen haben, wollen sie das nächste, größere, schönere, teurere. Früher war eine Wohnungsdurchsuchung zulässig, oder das Abhören des Fernmeldeverkehrs. Dann hieß es, man brauche auch die akustische Wohnraumüberwachung. Die reichte dann nicht, man wollte auch die optische Überwachung von Wohnräumen. Als nächstes war es unbedingt nötig, die Online-Durchsuchung von Computern zuzulassen. Jetzt kommt die anlasslose Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikationsdaten hinzu. Was kommt als nächstes? Die anlasslose Vorratsdatenspeicherung von Inhaltsdaten? Das wäre ein logischer Schritt. Vielleicht reicht es in Zukunft nicht mehr, dass man weiß, mit wem ein Terrorismusverdächtiger telefoniert hat. Gut wäre es zu wissen, was gesprochen wurde. Welche Anschlagziele werden ins Auge gefasst? Für welchen Zeitpunkt? Dazu reicht die Kenntnis der Verkehrsdaten nicht. Also brauchen wir in Zukunft eine Speicherung des Inhalts der Kommunikation. Geeignetheit gegeben, milderes Mittel nicht erkennbar, Eingriff von bisher unbekannter Breite in die private Kommunikation, aber was macht man nicht alles, um den Sicherheitsbehörden nach 9/11 ihre Aufgabenerfüllung zu erleichtern. Dass die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts als ein »bis hierhin und nicht weiter« gedeutet wird,²⁸ vermag nicht zu beruhigen. Zu oft sind die Verfassungsrichter in der Vergangenheit zurückgewichen, zu konfliktscheu zeigten sie sich gegenüber europarechtlich vorgeformten Beschränkungen der Grundrechte.

Der Rechts- und Verfassungsstaat soll Freiheit in Sicherheit garantieren. Die Europäische Union strebt nach Art. 3 Abs. 2 EUV an, ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu sein. Dabei sind sicher Kompromisse nötig. Auf europäischer Ebene besteht aber offensichtlich eine noch stärkere Tendenz als auf nationaler Ebene, der Sicherheit im Zweifel den Vorrang vor dem Schutz der Freiheit zu geben. Das deutsche Verfassungsgericht tritt solchen Tendenzen zwar verbal, aber nicht tatsächlich entgegen, jedenfalls dann nicht, wenn die Einführung der Maßnahme auf europäischem Richtlinienrecht beruht.

4. Schlussbemerkung

Über den Schutz von Grundrechten in der Europäischen Union wird viel diskutiert, es wird aber zu wenig gemacht. Die Innenminister setzen ihre Vorstellungen im Hinblick auf eine stärkere Überwachung über die europäische Schiene durch, die nationalen Parlamente und die Verfassungsgerichte müssen dies im Ergebnis akzeptieren, wenn sie nicht ihren Staat dem Vorwurf einer Vertragsverletzung aussetzen wollen. Was ist also zu tun? Viele Vorschläge sind schon gemacht worden, beispielsweise eine stärkere Öffentlichkeitsbeteiligung bei Vorschlägen der Kommission. So ist die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie innerhalb von rekordverdächtigen drei Monaten beschlossen worden.²⁹ Diese Eile legt den Verdacht nahe, dass man schnell beschließen

19 Siehe BVerfGE 102, 147 ff.
20 BVerfG, a. a. O., Abs. 181.
21 BVerfG, a. a. O., Abs. 182.
22 Siehe BVerfG, Urteil vom 6.7.2010, 2 BvR 2661/08.
23 Ähnliche Zweifel bei Hornung/Schnabel, DVBl. 2010, 824/828.

24 Ausführlicher Hornung/Schnabel, DVBl. 2010, 824/825 ff. Zum Aufbau der Prüfung von Grundrechtseingriffen siehe auch Massens, Staatsrecht II, Grundrechte, 2010, Rdnr. 170 ff.
25 BVerfG, a. a. O., Abs. 207.
26 BVerfG, a. a. O., Abs. 208 ff.
27 BVerfG, a. a. O., Abs. 217.
28 So Hornung/Schnabel, DVBl. 2010, 824/828.
29 Terhechte, EuZW 2009, 199/199.
30 Kindt, MMR 2009, 661/662; Hornung/Schnabel, DVBl. 2010, 824/824 m. w. Nachw.
31 Van Ooyen, Recht und Politik 2010, 98/102.
32 Ein entsprechender Vorschlag ist von mehreren Professoren und Anwälten anlässlich des Lissabon-Urteils des Bundesverfassungsgerichts mit dem Titel: »Das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, Auswege aus dem drohenden Justizkonflikte gemacht worden.
33 In Betracht käme ein Verstoß gegen Art. 6 EMRK, siehe EGMR, Entscheidung vom 13.02.2007 – 15073/03, BeckRS 2008, 07612.

wollte, um nicht lange diskutieren zu müssen. Im Sinne der Lissabon-Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts müssen die Parlamente stärker in die Willensbildung auf europäischer Ebene eingebunden werden. So war in Deutschland der Deutsche Bundestag aus verfassungsrechtlichen Gründen gegen den Erlass der Richtlinie, die Bundesregierung hat hingegen in Brüssel das Vorhaben unterstützt.³⁰ Es war ein »Spiel über die europäische Bande«.³¹

Zudem sollten die nationalen Verfassungsgerichte auch auf Grund des nationalen Rechts verpflichtet werden, den Europäischen Gerichtshof anzurufen, wenn die Auslegung der vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union oder die Gültigkeit von Rechtsakten der Europäischen Union entscheidungserheblich ist.³²

Über Kindesmord aus der Sicht des polnischen Strafgesetzbuches

✉ **JOANNA BRZEZINSKA**

Das Strafgesetzbuch vom 6. Juni 1997 stellt im Artikel 149 fest: »Eine Mutter, die unter dem Einfluss eines starken, mit dem Verlauf der Geburt verbundenen Erlebnisses, einer erheblichen Missbildung des Kindes oder in besonders schwieriger persönlicher Lage, ihr neugeborenes Kind tötet, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.«

Als Grundlage für die Privilegierung des Verhaltens der Mutter (die de facto erweitert wurde im Vergleich zur Regelung zu diesem Strafdelikt im Strafgesetzbuch aus dem Jahre 1969), wurde auf die besonders starken psychischen Erlebnisse der Gebärenden hingewiesen, die unter anderem aus den unten genannten Gründen entstehen könnten¹:

- wegen dem Verlauf der Entbindung,
- wegen einer erheblichen Missbildung des neugeborenen Kindes,
- wegen der schwierigen Lebenssituation der Mutter.²

Die Bezeichnung »Dauer der Entbindung«, die mehrmals kritisiert³ worden ist, ist weggefallen. Stattdessen hat der Gesetzgeber in Art. 149 die Bezeichnung »neugeborenes Kind tötet« eingeführt, die, entgegen früheren Annahmen, die vorherigen Kontroversen und Kritiken zu diesem Thema nicht beendet hat. Es hat sogar die Zweifel verstärkt, bis zu welchem Zeit-

Vielleicht wäre es auch einmal hilfreich, wenn beispielsweise das deutsche Bundesverfassungsgericht vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wegen Verstoßes gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter verurteilt werden würde, weil es gegen Art. 267 AEUV verstoßen hat.³³ In der Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie so zu tun, als sei die Wirksamkeit der Richtlinie nicht entscheidungserheblich, stellt die tatsächlichen Verhältnisse auf den Kopf.

Immerhin bleibt auch für jeden Einzelnen eine Möglichkeit, dem allgemeinen Wahn der Speicherung von Daten im Internet-Zeitalter zu entgehen: Man schreibt sich wie noch vor zwanzig Jahren wieder Karten und Briefe, vielleicht zum nächsten Geburtstag oder zu Weihnachten.

punkt das Kind als ein neugeborenes Kind behandelt werden kann.⁴ Der Gesetzgeber hat sich entschieden, drei Begriffe in der analysierten Regelung zu gebrauchen: starkes psychisches Erlebnis, erhebliche Missbildung des Kindes und die schwierige Lebenssituation der Mutter. Die Einführung von drei verschiedenen Begriffen führt leider zu berechtigten Problemen der verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten und des Fehlens der Kohäsion, die immer erscheinen, wenn die Wertebestimmungen in der Vorschriftenkonstruktion vorkommen. In Bezug auf die Sanktion für die Mutter / Täterin wurde eine Freiheitsstrafe im Bereich von 6 Monaten bis zu 5 Jahren erwartet.

Nur wenige Monate nachdem die Vorschrift in Kraft trat, wurde sie geändert. Die Abgeordneten des Sejms haben bei ihrer vierundzwanzigsten und fünfzigsten Sitzung der Änderung des Artikels zugestimmt, die schließlich mit dem Gesetz vom 8. Juli 19995 in Kraft trat. Es war die Rückkehr zu der etablierten Formel von Kindesmord aus dem Strafgesetzbuch von 1969 mit einer geringfügigen Änderung der Sanktion, die in der Art. 149 von 6 auf 3 Monate verkürzt wurde.

Art. 149 in seiner derzeitigen Fassung lautete wie folgt: »Eine Mutter, die ihr Kind während der Entbindung unter dem Einfluss und deren Verlauf tötet, unterliegt einer Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren.« Der von dem Gesetzgeber benutzte Begriff »Dauer der Entbindung«, ist nicht konkret genug und schafft damit die Möglichkeit einer weiten Auslegung⁶.

Deswegen sind auch folgende Theorien entstanden, die die zeitlichen Grenzen von »Dauer der Entbindung« zu bestimmen versuchen:

- objektive Theorie - die Dauer der Entbindung erfolgt innerhalb festgesetzter Grenzen, die durch den Gesetzgeber bestimmt werden sollten⁷,
- subjektive Theorie - Die Zeit der Entbindung dauert an, so lange die Wirkungen auf den psychischen Zustand der gebärenden Frau andauern,
- physiologisch-subjektive Theorie - legt besonderen Wert auf jede physiologische Umwandlung unter Berücksichtigung des subjektiven Aspekts.⁸

In der Lehre bedeutet der Begriff »Dauer der Entbindung« Folgendes:

- im weiteren Sinne bedeutet die Entbindung einen physiologischen Akt, der für einen weiteren Zeitraum verlängert wird, wenn die psychologischen Störungen andauern, die durch die Geburt verursacht wurden⁹
- im engeren Sinne bedeutet die Entbindung die Zeit, die sich nur auf den physiologischen Akt des Gebärens beschränkt.

Auf der Grundlage der geltenden Vorschrift, die eine Mutter benachteiligte, die ein Kind umgebracht hatte, war es notwendig, Kriterien zu finden, die es ermöglichen würden, eine Leibesfrucht von einem Kind (dem Neugeborenen¹⁰) zu unterscheiden.

Es wurden folgende Kriterien festgesetzt und unterschieden:

- Das »Geburtshilfex - Kriterium – die Leibesfrucht erhält den Status des Kindes im Moment des Beginns des Geburtsaktes (Wehenschmerzen¹¹ oder der Moment der völligen Öffnung des Muttermunds – der Zeitpunkt des Ausscheidens¹²). Die Wehenschmerzen müssen echt sein, nicht eingebildet. Das bedeutet aber nicht, dass es nicht auch zu einer Frühgeburt kommen kann¹³.
- Das räumliche (physikalische) Kriterium – es handelt sich erst dann um ein neugeborenes Kind, wenn es teilweise¹⁴ oder vollständig¹⁵ von dem Körper der Mutter abgetrennt wird.
- Das physiologische Kriterium – die Leibesfrucht beginnt eine selbständige Existenz als neugeborenes Kind dann, wenn es durch eigene Lungen zu atmen beginnt und in der Regel auch dabei schreit oder weint, weil die Luft in den Lungen angekommen ist, was ein äußeres Zeichen der Geburt¹⁶ darstellt.
- Entwicklungskriterium – die Leibesfrucht wird in dem Moment eine Person, in dem sie eine Fähigkeit zum selbständigen Leben außerhalb des Körpers der Mutter erlangt. Das passiert durch das Ausscheiden aus dem weiblichen Genitaltrakt und dem Durchtrennen der Nabelschnur¹⁷.

Es kommt drauf an, welches der vier oben genannten Krite-

rien für die Bestimmung eines Wendepunktes zwischen der Leibesfrucht und dem neugeborenen Kind angenommen wird. Das Strafrecht bietet nämlich verschiedene Möglichkeiten des Schutzes für den neugeborenen Menschen. Dieser Schutz wird schwächer oder stärker, allgemein oder besonders sein, und die Zeitspanne zwischen dem Moment der Anerkennung als Neugeborenes, je nach dem bevorzugten Kriterium, erweist sich als extrem groß. Und als extrem groß wird ein Zeitraum von mehreren Minuten oder Stunden bis hin zu mehreren Tagen oder sogar Monaten genannt.¹⁸

Das Geburtshilfekriterium, das zuerst benannt wurde, erweist sich, im Vergleich mit dem aktuellen Stand des medizinischen Wissens, als unzuverlässig. Der Zustand der Leibesfrucht oder des Neugeborenen kann schwanken und ist daher instabil in dem Sinne, dass selbst die vorzeitig begonnene Geburtsaktion auch abgebrochen, bzw. unterbrochen werden kann, wenn es mit der Notwendigkeit der weiteren Entwicklung der noch unreifen Leibesfrucht¹⁹ verbunden ist.

Das räumliche Kriterium hat auch einige Nachteile. Die Trennung vom Körper der Mutter kann während der Schwangerschaft in jeder Entwicklungsstufe der Leibesfrucht erfolgen. Die Ausscheidung aus dem Organismus ist schon bald nach der Befruchtung möglich (aufgrund verschiedener Anomalien, deren Ursachen im Organismus der Mutter oder dem der Leibesfrucht liegen), soweit es nicht möglich ist, die Leibesfrucht künstlich am Leben zu erhalten, auch nicht unter Anwendung komplizierter, medizinischer Apparatur. Man kann sie dann nicht mit einem Neugeborenen identifizieren und wenn die Trennung vom mütterlichen Organismus in der frühen Phase des fötalen Lebens erfolgt ist, erwirbt es nicht einmal den Status der Leibesfrucht.

Eine verbindliche Anerkennung des Status eines Neugeborenen nur auf Grund des physiologischen Kriteriums, das mit der selbständigen Aufnahme des Atmens verbunden ist, wäre, vor allem aus der Sicht der Neonatologie, kontrovers. Dieses physiologische Kriterium würde einfach automatisch die Möglichkeit der Anerkennung als neugeborenes Kind ausschließen, wenn das Kind in dem Zustand der Asphyxie geboren wurde²⁰ (Asphyxie bedeutet ein Zustand des starken Mangels an Sauerstoff). Der Zustand würde die Möglichkeit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Mutter ausschließen, wenn sie einen Anschlag auf das Neugeborene verüben würde, denn nach diesem Kriterium würde die Leibesfrucht wegen der Unfähigkeit zur Atmung keinen Status als neugeborenes Kind bekommen. Ebenso würde es keine strafrechtlichen Konsequenzen haben, wenn dem Neugeborenen ohne Atmung (also der Leibesfrucht) jede ärztliche und mütterliche Hilfe entzogen werden würde. Wie Daschkewitsch K. zutreffend betont hat: »Straflosigkeit oder Strafbarkeit der Kindermörderin kann nicht von der Wahl der Vorgehentechnik abhängig sein; die Mutter ist Kindermörderin, weil sie die Mutter ist (.....), wenn sie dem Kind das Leben nach dem ersten Atemzug nimmt; die Mutter ist keine Kindermörderin, weil sie keine Mutter ist (...) wenn sie eine Art des Mordes ausführt, die dem ersten Atemzug des Kindes²¹ vorbeugt.« Gemäß der Empfehlungen der World Health Organisa-

^[1] punktu widzenia prawnego, GAiPP 1927, Nr 6, S.504; Mala encyklopedia medycyny, B. II, Warszawa 1982, S.1140; R. Maurach, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, Karlsruhe 1969, S.13; H. Luetjeger, Geburtshilfe und Menschenwürde, In: Strafrechtlicher Sicht [w]: Festschrift fuer Ernst Heinitz, Walter de Gruyter 1972, S.359; A. Eser [w]: A. Schönke, H. Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 21 Aufl. München 1982, S.1298.

^[2] W. Grzywo – Dąbrowski, Podręcznik medycyny sądowej, Warszawa 1958, S.773 - 776; S. Śliwiński, Polskie prawo karne, S.187; A. Zoll, Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu, Warszawa 1988, S.37; In der deutschen Literatur haben folgende Personen diesen Ansicht vertreten: E. Dreher, R.Frank, Kohlrausch, Lange und H. Wéltz; Vgl. R.Frank, Das Strafgesetzbuch fur das Deutsche Reich, Tübingen 1919, S.370; Kohlrausch – Lange, Strafgesetzbuch – Berlin 1961, s.474; H.Wéltz, Das deutsche Strafrecht, Berlin 1967, S.269; E.Dreher, Strafgesetzbuch, München 1970, s.795; A.Eser, Strafgesetzbuch. Kommentar, Monachium 1978, S.1376.

^[3] O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świada Strafrecht. Besondere Teil, Warszawa 1980, S.124; K. Marzec – Holka, Dzieciobójstwo – przestępstwo uprzywilejowane czy zbrodnia?, Bydgoszcz 1996, S.21 – 22, K. Daszkiewicz, Przesłpstwa przeciw życiu i zdrowiu, Kapitel XIX, Kommentar, Warszawa 2000, S.212. S. Czerwiński, Zabicie płodu i dzieciobójstwo, GAiPP 1929, Nr 11, S.396; L. Peiper, Komentarz des Strafgesetzbuches, Kraków 1933, S.613; T.Hanausek, op.cit., S.686; K. Binding, Lehrbuch des Gemeinen, Deutschen Strafrechts, Bes. Teil, § 114; Annahme von diesen Kriterium wird zum absurden Konsequenzen führen, weil Tot des Kindes durch Körperverletzung von außen, die auf ein Körperteil gerichtet sind, die schon außerhalb des Körpers der Mutter sich befindet, wurde gemäß der polnischen recht als Schwangerschaftsabbruch qualifiziert. Vgl. E. Zielińska, Przerwanie ciąży. Warunki legalności w Polsce i na świecie, Warszawa 1990, S.188.

^[4] W. Makowski, Prawo karne, O przestępstwach w szczególności. Wykład porównawczy prawa karnego austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego obowiązującego w Polsce, Warszawa 1924, S.259; S.Czerwiński, Zabicie płodu i dzieciobójstwo, GAiPP 1929, Nr 11, S.396; Z. Papierkowski, Przerwanie ciąży w świetle prawa karnego, Lublin 1947, S.13; L. Lernerl [w:] L. Lernerl, A. Krukowski (red.), Strafrecht. Besondere Teil, Warszawa 1969, S.42; J. Śliwowski, Strafrecht, Warszawa 1979, S.351 – 352 L. Gardocki, Strafrecht, Warszawa 1997, S.216; In älteren Literatur ist der Ansicht von E.Chrościelewskiego bemerkenswert: »(...) schon eine Trennung, die zum Teil erfolgt ist, stellt ein Übergang von Leibesfrucht zu Neugeborenen dar (...)«. E. Chrościelewski, K. Daszkiewicz, S. Dąbrowski, op.cit., S.247; Vgl. Z. Papierkowski, Dzieciobójstwo, ..., S.11 – 12; K. Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts 1902, Besonderer Teil, §114; Vgl. Entscheidung SN vom 17.01.1919, ONS z 1919r, Abs.5, S.8; J. Baflia, K. Mioduski, M. Siewierski, Strafgesetzbuch. Kommentar, Warszawa 1971; M. Siewierski, Auflage,8: Siehe. Monitor Polski, 1962, Abs.237, Nr 48.

^[5] In älteren deutschen Literatur hat solche Ansicht E.Liszt vertreten; F. von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1908, S.307 – 308; In der polnischen Literatur hat W. Makowski geschrieben: »Da das Atmen ein der wichtigsten Zeichen von Leben ist, ist somit auch die Annahme richtig, dass das den Leibesfrucht von den Neugeborenen unterscheidet.: W. Makowski, Strafrecht. O przestępstwach w szczególności, Warszawa 1924, S.260; M. Siewierski, Kodeks karny i prawo o wykroczeniach, Łódź 1949, S.192; J. Sawicki, Z problematyki lekarskiej w polskim prawie karnym [w:] G. Williams, Świętość życia i prawo karne, Warszawa 1960, S. 341; J.S. Olbrycht, Wybrane przypadki z praktyki sądowno – lekarskiej, Warszawa 1964, S.268 – 269; A. Jakiński, J.S. Kobiela, Medycyna sądowa, Warszawa 1972, S.222; W. Wolter, Kodeks karny z komentarzem, Warszawa 1973, S.437 A. Gubiński, Zaskady prawa karnego, Warszawa 1974, S.176, K. Buchała, Prawo karne materialne, Warszawa 1980, S.679, B. Kiaros, Przerzek życia ludzkiego w aspekcie ochrony prawnio – karniej, Nowe Prawo 1976, Nr 2, S.211; W. Świada, Prawo karne, Warszawa 1978, S.493; O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świada, Strafrecht, ..., S.124 – 125; Z. Tomaszewska, J. Staśkiewicz, Sądowo – lekarska analiza dzieciobójstwa, Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminalologii 1970, Nr 2, S.294 – 295.

^[6] J. Makarewicz, Strafrecht mit Kommentar, Auflage V, Lwów 1938, S.515, 524 und 527 - 528; K. Daszkiewicz, Przesłpstwo z premedytacją, Warszawa 1968, S.145.