

[83] Die RiL 2006/24/EG regelt somit Tätigkeiten, die unabhängig von der Durchführung jeder eventuellen Maßnahme polizeilicher oder justizieller Zusammenarbeit in Strafsachen sind. Sie harmonisiert 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. Diese Fragen, die grundsätzlich in den von Titel VI des EU-Vertrags erfassten Bereich fallen, werden von den Bestimmungen dieser RiL nicht erfasst, wie insbesondere in ihrem 25. Erwägungsgrund und in ihrem Art. 4 ausgeführt wird.

[84] Daraus folgt, dass der materielle Gehalt der RiL 2006/24/EG im Wesentlichen die Tätigkeiten der Diensteanbieter im betroffenen Sektor des Binnenmarkts unter Ausschluss der unter Titel VI des EU-Vertrags fallenden staatlichen Tätigkeiten erfasst.

[85] Angesichts dieses materiellen Gehalts ist zu schlussfolgern, dass die RiL 2006/24/EG in überwiegendem Maß das Funktionieren des Binnenmarkts betrifft.

[86] Gegen diese Schlussfolgerung bringt Irland vor, dass der Gerichtshof mit dem angeführten Urteil Parlament/Rat und die Kommission den Beschluss 2004/496/EG des Rates v. 17. 5. 2004 über den Abschluss eines Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Verarbeitung von Fluggastdatensätzen und deren Übermittlung durch die Fluggesellschaften an das Bureau of Customs and Border Protection des United States Department of Homeland Security (Abl. L 193, S. 83, und Berichtigung Abl. 2005, L 255, S. 168) für nichtig erklärt habe.

[87] In Rn. 68 des Urteils Parlament/Rat und Kommission hat der Gerichtshof ausgeführt, dass dieses Abkommen die gleiche Datenübermittlung wie die Entscheidung 2004/535/EG der Kommission v. 14. 5. 2004 über die Angemessenheit des Schutzes der personenbezogenen Daten, die in den Passenger Name Records enthalten sind, welche dem United States Bureau of Customs and Border Protection übermittelt werden (Abl. L 235, S. 11), betrifft.

[88] Diese Entscheidung bezog sich auf die Übermittlung von Fluggastdaten aus Buchungs-/Abfertigungssystemen der im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten ansässigen Fluggesellschaften an das United States Bureau of Customs and Border Protection des United States Department of Homeland Security. Der Gerichtshof hat festgestellt, dass diese Entscheidung 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. In den Randnrn. 57 bis 59 des Urteils Parlament/Rat und Kommission hat der Gerichtshof entschieden, dass eine solche Datenverarbeitung unter Art. 3 Abs. 2 der RiL 95/46/EG fällt, wonach diese RiL auf die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zweck der öffentlichen Sicherheit und für Tätigkeiten des Staates im strafrechtlichen Bereich keine Anwendung findet. Der Gerichtshof ist daher zu dem Ergebnis gelangt, dass die Entscheidung 2004/535 nicht in den Anwendungsbereich der RiL 95/46/EG fällt.

[89] Da das Abkommen, das Gegenstand des Beschlusses 2004/496 war, ebenso wie die Entscheidung 2004/535 eine Datenverarbeitung betraf, die vom Anwendungsbereich der RiL 95/46/EG ausgeschlossen war, hat der Gerichtshof entschieden, dass der Beschluss 2004/496 auf der Grundlage von Art. 95 EG nicht rechtsgültig erlassen werden konnte (Urteil Parlament/Rat und Kommission, Rn. 68 und 69).

[90] Diese Erwägungen können nicht auf die RiL 2006/24/EG übertragen werden.

[91] Im Unterschied zu dem Beschluss 2004/496, der eine Übermittlung personenbezogener Daten innerhalb eines von staatlichen Stellen geschaffenen Rahmens zum Schutz der öffentlichen Sicherheit betraf, bezieht sich nämlich die RiL 2006/24/EG auf die Tätigkeiten der Diensteanbieter im Binnenmarkt und enthält keine Regelung der Handlungen staatlicher Stellen zu Strafverfolgungszwecken.

[92] Daher kann dem auf die Nichtigerklärung des Beschlusses 2004/496 im Urteil Parlament/Rat und Kommission gestützten Vorbringen Irlands nicht gefolgt werden.

[93] Nach alledem ist festzustellen, dass der Erlass der RiL 2006/24/EG auf der Grundlage von Art. 95 EG geboten war.

[94] Folglich ist die vorliegende Klage abzuweisen.

## Anmerkung

RiLG Professor Dr. Kai Ambos, Göttingen\*

1. Jüngst hat der Staatsrechtler und ehemalige Bundespräsident *Roman Herzog* dazu aufgerufen, den *EuGH* zu stoppen.<sup>1</sup> Er kommt aufgrund der Analyse einiger Entscheidungen zu dem Schluss „dass der *EuGH* zentrale Grundsätze der abendländischen richterlichen Rechtsauslegung bewusst und systematisch ignoriert, Entscheidungen unsauber begründet, den Willen des Gesetzgebers übergeht oder gar in sein Gegenteil verkehrt und Rechtsgrundsätze erfindet, die er dann bei späteren Entscheidungen wieder zugrunde legen kann.“ Der *EuGH* gebärde sich als Gesetzgeber, höhle den „Kernbereich nationaler Zuständigkeiten“ aus und habe der EG selbst im Strafrecht eine Kompetenz geschaffen. Die hier zu besprechende Entscheidung zeigt, wie richtig diese Kritik ist, zugleich aber auch, wie wenig sie den *EuGH* zu beeindrucken scheint.

2. Es ging in der Entscheidung um die richtige Rechtsgrundlage – Richtlinie im Rahmen der ersten Säule (hier: Art. 94 ff. EGV) oder Rahmenbeschluss im Rahmen der dritten Säule (Polizeilich-Justizielle Zusammenarbeit [PJZS] Art. 29 ff. EUV) – für eine Maßnahme zur Harmonisierung der Vorratsdatenspeicherung. Die Entscheidung knüpft an die frühere Rechtsprechung zur *gemeinschaftsrechtlichen* Zuständigkeit (erste Säule) auf dem Gebiet des Straf- und Strafverfahrensrechts an. In seinem Urteil zur Nichtigkeitsklärung des Rahmenbeschlusses über den Schutz der Umwelt durch das *Strafrecht*<sup>2</sup> hat der Gerichtshof die Zuständigkeit zum Erlass einer Richtlinie auf die Vorschriften über die Umweltpolitik der Gemeinschaft (Art. 174 ff. EGV) gestützt. Denn der „Gemeinschaftsgesetzgeber“ könne bereits dann zum Mittel der Strafrechtsharmonisierung greifen, wenn dies „seiner Meinung nach erforderlich“ sei, „um die volle Wirksamkeit der von ihm zum Schutz der Umwelt erlassenen Rechtsnorm zu gewährleisten, wenn die Anwendung wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Sanktionen durch die zuständigen nationalen Behörden eine zur Bekämpfung schwerer Beeinträchtigung der Umwelt un-

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsvergleichung und internationales Strafrecht sowie Richter beim LG Göttingen.

1 *Herzog/Gerken* FAZ v. 8. 9. 2008, S. 8.

2 Rahmenbeschl. 2003/80/JI des Rates v. 27. 1. 2003, Abl. L 29 v. 5. 2. 2003, S. 55 ff.

erlässliche Maßnahme darstellt.“<sup>3</sup> Zwei Jahre später hat der Gerichtshof in analoger Argumentation den Rahmenbeschluss des Rates zur Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens zur Bekämpfung der Verschmutzung durch Schiffe für nichtig erklärt und die Zuständigkeit zum Erlass einer Richtlinie – neben der Umweltpolitik – auf den Bereich der gemeinsamen Verkehrspolitik (Art. 70 ff.) gegründet.<sup>4</sup> Um *Strafverfahrensrecht* in Form polizeilich-justizieller Zusammenarbeit zur Bekämpfung des Terrorismus ging es in dem kürzlich ergangenen Urteil zu den Terrorlisten („blacklisting“),<sup>5</sup> nämlich konkret um die Frage, ob die Gemeinschaft – zu dem genannten Zweck – im Ordnungswege die Einfrierung von Vermögen (EG-VO 881/2002) anordnen kann. Obwohl der *EuGH* eingeräumt hat, dass die entsprechende Verordnung der „Bekämpfung des Terrorismus“, also einer explizit in der dritten Säule verankerten Aufgabe (Art. 29 EUV), nicht aber dem „internationalen Warenaustausch“ diene,<sup>6</sup> wiesen solche Maßnahmen zur Verhängung wirtschaftlicher Restriktion „ihrer Natur nach“ doch „auch einen Bezug zum Gemeinsamen Markt“ auf.<sup>7</sup> Denn würden statt der Gemeinschaft die Mitgliedstaaten „einseitig“ tätig werden, so wären nachteilige „Auswirkungen auf den Handel“ zu befürchten und es „könnten sich daraus Wettbewerbsverzerrungen ergeben“.<sup>8</sup> Damit sei die streitgegenständliche Verordnung „insbesondere zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen“ notwendig.<sup>9</sup>

<sup>3</sup> *EuGH*, Urteil v. 13. 9. 2005 – C-176/03 = JZ 2006, 307 mit Anm. *Hoyer*.

<sup>4</sup> *EuGH*, Urteil v. 23. 10. 2007 – C-440/05 (JZ 2008, 248 mit Anm. *Eisele*), insbes. Rn. 69: „... haben diese Artikel im Wesentlichen die Verbesserung der Sicherheit des Seeverkehrs und den Umweltschutz zum Ziel und werden wirksam auf der Grundlage von Art. 80 Abs. 2 EG erlassen werden können.“

<sup>5</sup> *EuGH* u. Rat, Urteil v. 3. 9. 2008 – C-402/05 P und C-415/05 P, ABl. C. 285 v. 8. 11. 2008, S. 2 (vgl. dazu *Schmalenbach* JZ 2009, 35). – Das von Kläger Irland ebenfalls angeführte Fluggastdatenurteil (*EuGH*, Urteil v. 30. 5. 2006 – C-317, 318/04 = NJW 2006, 2029), mit dem der Gerichtshof den Beschluss des Rates vom 17. 5. 2004 über den Abschluss eines Abkommens zwischen der EG und den USA über die Verarbeitung von Fluggastdatensätzen und ihren Übermittlungen durch die Fluggesellschaften an das „Bureau of Customs and Border Protection“ des „US-Department of Homeland Security“ und die Entscheidung 2004/535/EG der Kommission v. 14. 5. 2004 über die Angemessenheit des Schutzes der personenbezogenen Daten, die in den „Passenger Name Records“ enthalten sind, welche der genannten US-Stelle übermittelt werden, für nichtig erklärt hat, ist auf unseren Fall nicht übertragbar. Denn bei der besagten Datenübermittlung zwischen der EU und den USA geht es um internationale Zusammenarbeit staatlicher Stellen zur Prävention und Verfolgung terroristischer Taten, also nicht um die Tätigkeit von natürlichen Personen, so dass diese Maßnahme schon nach Art. 3 Abs. 2 der RiL 95/46 zum Datenschutz natürlicher Personen von deren Anwendungsbereich ausgeschlossen und damit Art. 95 EGV a limine darauf nicht angewendet werden kann (insoweit zutreffend *EuGH* JZ 2009, 466, 468 Rn. 86 ff.; Schlussanträge des Generalanwalts *Bot* v. 14. 10. 2008 – C-30/106, Rn. 109 ff.).

<sup>6</sup> *EuGH*, Urteil v. 3. 9. 2008 – C-402/05 u. 415/05 P, Rn. 184 f.

<sup>7</sup> *EuGH*, Urteil v. 3. 9. 2008 – C-402/05 u. 415/05 P, Rn. 230.

<sup>8</sup> *EuGH*, Urteil v. 3. 9. 2008 – C-402/05 u. 415/05 P, Rn. 230.

<sup>9</sup> *EuGH*, Urteil v. 3. 9. 2008 – C-402/05 u. 415/05 P, Rn. 231. Ganz anders insoweit das Gericht erster Instanz (*EuG*, Rs. T 306/01, Slg. 2005, II 3533): Es sei nicht ersichtlich, inwieweit die Verordnung dazu beiträgt, Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden; erstens bestünde bereits keine ernsthafte Gefahr unterschiedlicher Umsetzung in den Mitgliedstaaten, da die Vorgaben der UN „praktisch keinen Auslegungsspielraum lassen“; selbst wenn es aber zu einer uneinheitlichen Umsetzung käme, wären die in unterschiedlicher Weise vollzogenen Einfrierungen „nicht so bedeutsam“, dass die Gefahr „von Hemmnissen für den freien Kapitalverkehr oder von spürbaren Wettbewerbsverzerrungen“ bestünde. Im Ergebnis bejahte jedoch auch das *EuG* die Zuständigkeit zum Erlass einer Verordnung unter Rückgriff auf das Kohärenzgebot des Art. 3 EUV. Aus diesem ergebe sich die Notwendigkeit eines koordinierten Vorgehens im Rahmen der ersten und der zweiten bzw. dritten Säule, so dass die EG im Rahmen der GASP beschlossene Sanktionen umsetzen können muss und auf die ergänzende Rechtsgrundlage des Art. 308 EGV zurückgreifen kann (*EuGH*, Urteil v. 3. 9. 2008 – C-402/05 u. 415/05 P, Rn. 128; zust. *Tietje/Hamelmann* JuS

3. Die unserem Fall zugrundeliegende Maßnahme ist von vornherein als Richtlinie (RiL 2006/24) aufgrund Art. 95 EGV erlassen worden, nachdem ein Rahmenbeschlussentwurf einiger Mitgliedstaaten nicht mehrheitsfähig war.<sup>10</sup> Inhaltlich geht es nicht um die Einführung oder Harmonisierung materieller Strafnormen (wie im Fall der Maßnahmen zum Umweltschutz und zur Meeresverschmutzung), sondern um die Erleichterung und Verbesserung der PJZS i. S. von Art. 29, 30 Abs. 1 (a), (b), 31 Abs. 1 (c) EUV (wie im Fall des „blacklisting“).<sup>11</sup> Dies ergibt sich mit kaum zu überbietender Deutlichkeit aus Art. 1 Abs. 1 der RiL 2006/24, denn danach sollen die Vorschriften zur Vorratsdatenspeicherung durch (private) Kommunikationsdiensteanbieter harmonisiert werden, „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.“ (Hervorhebung *K. A.*). Zutreffend weist Generalanwalt *Bot* deshalb darauf hin, dass der „eigentliche Grund“ der Vorratsspeicherung die Förderung der Ermittlung und Verfolgung schwerer Straftaten sei, es gehe also um ein „wirksames Ermittlungswerkzeug“.<sup>12</sup> Gleichwohl sehen sowohl der Generalanwalt als auch der Gerichtshof in Art. 95 EGV die zutreffende Rechtsgrundlage, wobei die Begründung des Generalanwalts<sup>13</sup> differenzierter als die des Gerichtshofs<sup>14</sup> ausfällt. Zusammenfassend werden drei Gründe für die Verortung in der ersten Säule angeführt: Erstens gehe es um den Schutz des Binnenmarktes i. S. von Art. 95 Abs. 1 EGV, denn die unterschiedlichen nationalen Vorschriften zur Vorratsdatenspeicherung führten zu einer unterschiedlichen finanziellen Belastung der Diensteanbieter und damit zu Wettbewerbsverzerrungen. Außerdem stehe die Hemmung der grenzüberschreitenden Entwicklung neuer elektronischer Kommunikationsdienste zu befürchten, es sei also der Binnenmarkt für die elektronische Kommunikation betroffen.<sup>15</sup> Zweitens sei mit der streitgegenständlichen RiL 2006/24 die frühere Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation<sup>16</sup> geändert worden und schon diese sei auf Art. 95 EGV gestützt worden.<sup>17</sup> Drittens ergeben sich

2006, 299 [300]; zu Recht kritisch etwa *Bartelt/Zeitler* EuzW 2003, 712 [715]; vgl. zu Art. 3 EUV ferner *Blanke*, in: *Callies/Ruffert* [Hrsg.], EUV/EGV, 2. Aufl., 2002, Art. 3 EUV Rn. 6 m. w. N.). – In der Sache ist dem Kadi-Urteil zuzustimmen, denn es stärkt den Rechtsschutz und damit die Rechtsstaatlichkeit, jedenfalls innerhalb der EU (vgl. *Meyer* eucrim 1-2/2008, 81 [87]).

<sup>10</sup> Zur Vorgeschichte des Rechtsstreits *EuGH*, Urteil v. 10. 2. 2009 – C-301/06, Rn. 18 ff. (insoweit in JZ 2009, 466 ff. nicht abgedruckt).

<sup>11</sup> Dem kann entgegen *Ohler* EuZW 2008, 630 (630) nicht entgegenghalten werden, dass die Maßnahmen („blacklisting“) „ausschließlich präventiver Natur“ sind, denn erstens lässt sich Prävention und Repression in diesem Bereich nicht so eindeutig trennen (kritisch etwa *Wolter*, in: *Festschrift Kohlmann* 2003, S. 698 [703 f., 705]) und zweitens geht es bei Art. 29 ff. EUV um beides (vgl. etwa Art. 29, der schon im ersten Absatz von „verhütet“ und „bekämpft“ spricht), wobei freilich Art. 33 EUV den Mitgliedstaaten die polizeiliche Gefahrenabwehr ausdrücklich vorbehält. Wenn *Ohler* (a. a. O.) weiter behauptet, es müsse kein „gerichtlicher Nachweis geführt werden, dass die betreffende Person tatsächlich an der Terrorismusfinanzierung mitwirkt“, so ist das nur ein weiteres Beispiel dafür, wie versucht wird, den Rechtsschutz über den Rückgriff auf ein reines Präventions(straf)recht auszuhöhlen (zuletzt dazu kritisch im Zusammenhang mit der Vermögenseinziehung auf polizeirechtlicher Grundlage *Thiëe* StV 2009, 102 ff.).

<sup>12</sup> Schlussanträge des Generalanwalts *Bot* v. 14. 10. 2008 – Rs. C-301/06, Rn. 92.

<sup>13</sup> Schlussanträge des Generalanwalts *Bot* (Fn. 12), Rn. 72 ff.

<sup>14</sup> *EuGH* JZ 2009, 466, 467 Rn. 61 ff.

<sup>15</sup> Schlussanträge des Generalanwalts *Bot* (Fn. 12), Rn. 80 ff. (89); *EuGH* JZ 2009, 466, 467 Rn. 68, 72.

<sup>16</sup> RiL 2002/58/EG v. 12. 7. 2002, ABl. L 201, S. 37.

<sup>17</sup> *EuGH* JZ 2009, 466, 467 Rn. 73 ff.

aus dem materiellen Gehalt der Richtlinie, also der Bestimmung ihres Hauptzwecks nach Zielsetzung und Inhalt<sup>18</sup>, dass dieser „in überwiegendem Maß das Funktionieren des Binnenmarkts betrifft“.<sup>19</sup> Es gehe um die Regelung der Vorschriften zur Vorratsdatenspeicherung für die Diensteanbieter, nicht aber um den Zugang zu diesen Daten oder ihre Nutzung durch die Strafverfolgungsbehörden. Die Regelung zur Datenspeicherung sei unabhängig von der Nutzung für die Strafverfolgung zu sehen, es gehe „im Wesentlichen um die Tätigkeiten der Diensteanbieter im Binnenmarkt.“<sup>20</sup> Der Generalanwalt will insoweit die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen erster und dritter Säule wie folgt vornehmen: Während Maßnahmen der ersten Säule nur die wirtschaftliche Tätigkeit der Anbieter betreffen und das Ziel einer Strafverfolgung lediglich als unspezifisches Allgemeininteresse im Rahmen von Art. 95 Abs. 3 EGV Berücksichtigung finden könne, gehe es bei einer Maßnahme der dritten Säule um Harmonisierung des Datenzugangs für die Strafverfolgungsbehörden, also um einen unmittelbaren Eingriff gegenüber den Anbietern und die entsprechende Pflicht zur Datenübermittlung.<sup>21</sup> Zwar räumt der Generalanwalt, wie oben erwähnt,<sup>22</sup> im Gegensatz zum Gerichtshof ein, dass der „eigentliche Grund“ der Vorratsdatenspeicherung in einer wirksameren grenzüberschreitenden Strafverfolgung liege, er stellt aber zugleich – unter Berufung auf ein jüngeres Urteil des *EuGH* zum Verhältnis von erster und zweiter Säule<sup>23</sup> – fest, dass in casu auch der Binnenmarkt aus den o.g. Gründen betroffen sei und dass bei solchen – hier sogenannten – *doppelfunktionellen Maßnahmen* (also Maßnahmen, die zugleich die erste und dritte Säule betreffen), ein Vorrang der ersten Säule aufgrund Art. 47 EUV anzunehmen sein.<sup>24</sup>

4. Dieser Argumentation kann weder in der Begründung noch im Ergebnis gefolgt werden.

a) Zur Feststellung der richtigen Rechtsgrundlage eines Rechtsaktes kommt es auf dessen *Ziel und Inhalt* an<sup>25</sup>, wobei in Zweifelsfällen auf den *Schwerpunkt* der Maßnahme abzustellen ist.<sup>26</sup> Die mit der Richtlinie 2006/24 verfolgte Harmonisierung der Vorschriften zur Vorratsspeicherung dient keinem Selbstzweck, sondern ihr Hauptzweck ist, wie zutreffend vom Generalanwalt eingeräumt, die Effektivierung der Ermittlung und Verfolgung schwerer Straftaten. Dies ergibt sich nicht nur aus dem schon zitierten Art. 1 Abs. 1, sondern etwa auch aus Art. 4 (wonach die Daten auch für die natio-

nen Verfolgungsbehörden zugänglich sein und in bestimmten Fällen an diese weitergegeben werden sollen) und Art. 8 (wonach die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass die gespeicherten Daten „und alle sonstigen damit zusammenhängenden erforderlichen Informationen unverzüglich an die zuständigen Behörden auf deren Abfrage hin weitergeleitet werden können“). Das in den vom Gerichtshof insbesondere in Bezug genommenen Erwägungsgründen auch von Auswirkungen auf den Binnenmarkt gesprochen wird (etwa in Erwägungsgrund Nr. 6), ändert an der grundsätzlich strafrechtlichen Ausrichtung der Richtlinie nichts. Denn zum einen sind die Erwägungsgründe zur Bestimmung des materiellen Gehalts einer Richtlinie gegenüber ihrem (operativen) Regelungsteil nachrangig.<sup>27</sup> Und zum anderen sind, entgegen dem vom Gerichtshof erweckten Eindruck, die Erwägungsgründe hier keineswegs eindeutig, vielmehr finden sich auch an zahlreichen Stellen Hinweise auf den Hauptzweck der Strafverfolgung, etwa auf die „Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten“ (Erwägungsgründe 5-7), den Kampf gegen den Terrorismus (Erwägungsgründe 8, 10) oder auf die Bedeutung dieser Art der Datenspeicherung für die Verbrechensbekämpfung (etwa Erwägungsgrund Nr. 11). In einem solchen Fall (bestenfalls) ambivalenter Erwägungsgründe und einem eindeutig strafverfahrensrechtlichen Regelungsteil wird mit einem Erlass des Rechtsakts aufgrund Art. 95 EGV die strafverfahrensrechtliche Seite der Maßnahme durch die eventuellen Auswirkungen auf den Binnenmarkt vollkommen in den Hintergrund gedrängt, also ein bloßer Nebenaspekt (Binnenmarktschutz) – in Umkehrung des von der RiL 2006/24 selbst apostrophierten Mittel-Zweck-Verhältnisses – zum Hauptzweck erklärt. Damit wird der wahre Hauptzweck (Effektivierung der Strafverfolgung) desavouiert. Auch mit Art. 47 EUV kann der Vorrang der ersten Säule nicht begründet werden, denn zum einen ist die Auslegung dieser Vorschrift als Ausdruck eines klaren Vorrangs der ersten Säule durchaus umstritten<sup>28</sup> und zum anderen kann ein solcher Vorrang jedenfalls dann nicht aus dieser Vorschrift abgeleitet werden, wenn bei doppelfunktionellen Maßnahmen der Schwerpunkt der Maßnahme im Bereich der dritten Säule liegt.<sup>29</sup>

b) Anders als im Fall der Begründung einer gemeinschaftsrechtlichen Kompetenz zur strafrechtlichen Absicherung bestimmter Politikziele der Gemeinschaft (zum Beispiel Umweltschutz und Bekämpfung der Meeresverschmutzung, Art. 70 ff. und 174 ff. EGV<sup>30</sup>) kann der Erlass primär *strafverfahrensrechtlicher* Rechtsakte, wie im Rahmen des „blacklisting“<sup>31</sup> und eben hier, nicht auf eine Annexkompetenz („implied powers“) zur Sachregelungsbefugnis gestützt werden. Denn ganz abgesehen davon, dass auch diese Begrün-

<sup>18</sup> *EuGH* JZ 2009, 466, 467 Rn. 60; Schlussanträge des Generalanwalts *Bot* (Fn. 12), Rn. 76 f.

<sup>19</sup> *EuGH* JZ 2009, 466, 468 Rn. 85.

<sup>20</sup> *EuGH* JZ 2009, 466, 467 Rn. 79 ff. (84 f.). Der Generalanwalt (Schlussanträge des Generalanwalts *Bot* [Fn. 12], Rn. 102 f.) argumentiert ähnlich, dass es nicht um ein unmittelbares Eingreifen der Strafverfolgungsbehörden gehe, sondern um davorliegende, an die Diensteanbieter gerichtete Maßnahmen.

<sup>21</sup> Schlussanträge des Generalanwalts *Bot* (Fn. 12), Rn. 105 f. Der Generalanwalt sieht diese Abgrenzung selbst als „künstlich“, aber aufgrund der Säulenstruktur als geboten an (ebd., Rn. 108).

<sup>22</sup> Siehe bei Fn. 12.

<sup>23</sup> *EuGH*, Urteil v. 20. 5. 2008 – C-91/05. In diesem Urteil ging es um die Frage, ob eine Maßnahme der EU zur Bekämpfung von Kleinwaffen in den AKP-Staaten auf eine gemeinsame Aktion gemäß Art. 14 EUV im Rahmen der gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP, intergouvernementale Zusammenarbeit i. R. der zweiten Säule) oder auf Art. 177 ff. EGV (Entwicklungszusammenarbeit i. R. der ersten Säule) gestützt werden kann. Der Gerichtshof entschied, dass insoweit die erste Säule aufgrund Art. 47 EUV vorgehe.

<sup>24</sup> Schlussanträge des Generalanwalts *Bot* (Fn. 12), Rn. 132 ff.

<sup>25</sup> So *EuGH* JZ 2009, 466, 467 Rn. 60 m. w. N.; auch Schlussanträge des Generalanwalts *Bot* (Fn. 12), Rn. 76.

<sup>26</sup> Schlussanträge des Generalanwalts *Bot* (Fn. 12), Rn. 77.

<sup>27</sup> Vgl. *Linhart*, Internationales Einheitsrecht und einheitliche Auslegung, 2005, S. 212 f.; und *Schmidt*, in: *v. der Groeben/Schwarze*, EUV/EGV, 6. Aufl. 2004, Art. 249 Rn. 26, wenn er auf „Gegenstand und Inhalt“ statt „Bezeichnung bzw. Wahl des Rechtsakts“ abstellt. In der Sache ergibt sich die Nachrangigkeit daraus, dass andernfalls der Normgeber den Zweck des Rechtsakts alleine durch beliebige Formulierungen in den Erwägungsgründen bestimmen und dabei u. U. sogar den eigentlichen Regelungsgehalt desavouieren könnte. Sie folgt außerdem aus einer Parallelüberlegung zu sonstigen völkerrechtlichen Normen (etwa Resolutionen des UN-Sicherheitsrats), wo auch zwischen Erwägungsgründen und operativem Teil unterschieden wird und schon aus dem Begriff „operativ“ plastisch der Vorrang des Regelungsteils hervortritt.

<sup>28</sup> Vgl. insbes. *Heger* JZ 2006, 310 (312); *Vogel* GA 2003, 314 (321 mit Fn. 30).

<sup>29</sup> Vgl. zur Bedeutung des Schwerpunkts der Maßnahme schon in und bei Fn. 26.

<sup>30</sup> Zu den entsprechenden Urteilen s. Fn. 3 und 4.

<sup>31</sup> Vgl. Fn. 5.

dung mit der fehlenden Strafrechtskompetenz der Gemeinschaft (Art. 280 Abs. 4 Satz 2 EGV!)<sup>32</sup> und dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in Konflikt gerät,<sup>33</sup> wird hier weniger mit einem Annex als vielmehr mit einer originären gemeinschaftsrechtlichen Rechtssetzungskompetenz aufgrund eines Bezugs zum Binnenmarkt und zu einem fairen Wettbewerb argumentiert. Diese gemeinschaftsrechtliche Komponente steht bei den besagten Maßnahmen gleichsam selbständig neben dem strafverfahrensrechtlichen Hauptzweck (weshalb ich sie oben als „doppelfunktionelle“ Maßnahmen bezeichnet habe), und das soll wegen Art. 47 EUV zur Begründung der gemeinschaftsrechtlichen Kompetenz ausreichen. In der Sache wird damit, verglichen mit der Annexkompetenz, gerade umgekehrt argumentiert: selbst wenn sich ein bestimmter Rechtsakt wegen seines autonomen strafverfahrensrechtlichen Zwecks nicht einmal mehr als Mittel zur Erreichung von gemeinschaftlichen Politikzielen ausweisen und deshalb auf eine Annexkompetenz stützen lässt, soll er gleichwohl auf einer kompetenzrechtlichen Grundlage erlassen werden können, wenn nur für den Fall einer Untätigkeit der Gemeinschaft wettbewerbsrechtliche Unzuträglichkeiten drohen.<sup>34</sup> In dieser neuen Linie kommt auch nicht mehr das schon früher kritisierte<sup>35</sup> instrumentelle Verständnis des Strafrechts als wirksamstes Mittel zur Durchsetzung gemeinschaftsrechtlicher Marktinteressen zum Ausdruck, vielmehr dienen nun kaum spezifizierte und bloß behauptete Gefahren für den Binnenmarkt zur Verortung eigentlich zur PJJZS gehörender Maßnahmen in der ersten Säule. Das geht offensichtlich zu weit, denn mit dieser Argumentation lassen sich alle Maßnahmen mit irgendwie gearteten wirtschaftlichen Auswirkungen der ersten Säule zuweisen, selbst wenn der Hauptzweck der Maßnahme, wie hier, der zweiten oder dritten Säule zuzuordnen ist.

c) Letztlich liegt aber auch dieses Urteil auf der schon früher kritisierten Linie: Der *EuGH* antizipiert die europapolitisch bisher gescheiterten Integrationsziele, konkret die Zuweisung einer weitreichenden Strafrechtskompetenz an die neu verfasste EU (vgl. Art. III–271 Abs. 2 des gescheiterten Verfassungsvertrags sowie nun Art. 83 AEUV), und „gebärdet“ sich damit – ultra vires – als „gesetzgebende Gewalt“.<sup>36</sup> Er liegt damit freilich auf der Linie der europäischen Politik der letzten Jahre: So wie diese, wie der ehemalige Bundesverfassungsrichter und Staatsrechtler *Hans Hugo Klein* kürzlich kritisiert hat<sup>37</sup>, die EU ständig erweitert statt die Integration zu vertiefen, erweitert der Gerichtshof ständig die Zuständigkeiten der ersten zu Lasten der zweiten und dritten Säule statt die Zuständigkeiten innerhalb der existierenden Säulenstruktur entsprechend (vertiefend) zu verteilen.

<sup>32</sup> Vgl. *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 1 ff. (10) m. w. N.

<sup>33</sup> Vgl. *Ambos* (Fn. 32), § 11 Rn. 30 f. m. w. N. zur überwiegend krit. Lit. (vor allem in Fn. 147). Für eine Relativierung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung jüngst aber *Pastor eucrim* 1–2/2008, 73 (80 f.), die die „valorative“ Verbindung mit den expliziten EG-/EU-Zuständigkeiten für ausreichend hält.

<sup>34</sup> Vgl. insoweit auch *Rackow* StV 2009 (im Erscheinen).

<sup>35</sup> Vgl. *Ambos* (Fn. 32), § 11 Rn. 30 a m. w. N. in Fn. 148 und 149.

<sup>36</sup> *Herzog/Gerken* FAZ v. 8. 9. 2008, S. 8.

<sup>37</sup> In: FAZ v. 12. 12. 2008.

## Bürgerliches Recht. Urheberrecht

In der mit Spannung erwarteten Entscheidung äußert sich der BGH erstmals zu Ansprüchen des Tonträgerherstellers wegen Sound Sampling. Haimo Schack (JZ 2009, 475) stimmt den Ausführungen des BGH zu § 85 UrhG zu, kritisiert jedoch dessen Maßgaben für eine analoge Anwendung von § 24 UrhG als unpraktikabel und widersinnig.

UrhG § 85 Abs. 1 Satz 1, § 24 Abs. 1.

a) Ein Eingriff in das durch § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG geschützte ausschließliche Recht des Tonträgerherstellers ist bereits dann gegeben, wenn einem Tonträger kleinste Tonfetzen entnommen werden.

b) Die Regelung des § 24 Abs. 1 UrhG ist im Falle der Benutzung eines fremden Tonträgers grundsätzlich entsprechend anwendbar. Eine entsprechende Anwendung dieser Bestimmung kommt allerdings nicht in Betracht, wenn es möglich ist, die auf dem Tonträger aufgezeichnete Tonfolge selbst einzuspielen oder es sich bei der erkennbar dem benutzten Tonträger entnommenen und dem neuen Werk zugrunde gelegten Tonfolge um eine Melodie handelt.

BGH, Urteil v. 20. 11. 2008 – I ZR 112/06 (OLG Hamburg)

Die Kläger sind Mitglieder der Musikgruppe „Kraftwerk“. Diese veröffentlichte im Jahre 1977 einen Tonträger, auf dem sich unter anderem das Stück „Metall auf Metall“ befindet. Die Beklagten zu 2 und 3 sind die Komponisten des Titels „Nur mir“, den die Beklagte zu 1 mit der Sängerin *Sabrina Setlur* in zwei Versionen eingespielt hat. Diese Musikstücke befinden sich auf zwei im Jahre 1997 erschienenen Tonträgern.

Die Kläger behaupten, die Beklagten hätten eine etwa zwei Sekunden lange Rhythmussequenz aus dem Titel „Metall auf Metall“ elektronisch kopiert („gesampelt“) und dem Titel „Nur mir“ in fortlaufender Wiederholung unterlegt. Sie meinen, die Beklagten hätten damit ihre Rechte als Tonträgerhersteller und ausübende Künstler sowie das Urheberrecht des Klägers zu 1 verletzt, der den Titel komponiert und sein Urheberrecht in den von ihnen gemeinsam betriebenen Musikverlag eingebracht habe.

Die Kläger haben die Beklagten auf Unterlassung, Feststellung ihrer Schadensersatzpflicht, Auskunftserteilung und Herausgabe der Tonträger zum Zwecke der Vernichtung in Anspruch genommen.

Das LG hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen (OLG Hamburg GRUR-RR 2007, 3 = ZUM 2006, 758). Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Kläger beantragen, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

[5–6] I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagten seien den Klägern gemäß § 97 Abs. 1 UrhG (a.F.) zur Unterlassung, zum Schadensersatz und zur Auskunftserteilung sowie gemäß § 98 Abs. 1 UrhG (a.F.) zur Herausgabe der Tonträger zum Zwecke der Vernichtung verpflichtet, weil sie den Titel „Nur mir“ durchgängig mit dem Rhythmusgefüge zweier Takte aus dem Titel „Metall auf Metall“ unterlegt und dadurch die Tonträgerherstellerrechte der Kläger aus § 85 Abs. 1 UrhG verletzt hätten. [Wird ausgeführt.]

[7] II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

[8] 1. Gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Kläger seien Tonträgerhersteller der Aufnahme „Metall auf Metall“, weil sie die maßgebliche organisatorische Verantwortung für deren Herstellung getragen hätten, erhebt die Revision keine Einwände. Rechtsfehler sind insoweit auch nicht ersichtlich. Tonträgerhersteller und Inhaber des Leistungsschutzrechts aus § 85 UrhG ist, wer die wirtschaftliche, organisatorische und technische Leistung erbringt, das Ton-