

Studien zum vergleichenden Öffentlichen Recht

Studies in Comparative Public Law

Band / Volume 16

**Staatliche Überwachung
im deutsch-französischen Rechtsvergleich**

Von

Max Schulze



Duncker & Humblot · Berlin

MAX SCHULZE

Staatliche Überwachung
im deutsch-französischen Rechtsvergleich

Studien zum vergleichenden Öffentlichen Recht

Studies in Comparative Public Law

Band/Volume 16

Staatliche Überwachung im deutsch-französischen Rechtsvergleich

Von

Max Schulze



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen hat diese Arbeit
im Jahre 2024 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2025 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: 3w+p GmbH, Rimpf

Druck: Beltz Graphische Betriebe GmbH, Bad Langensalza

Printed in Germany

ISSN 2511-9648

ISBN 978-3-428-19377-6 (Print)

ISBN 978-3-428-59377-4 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de
Internet: <https://www.duncker-humblot.de>

Gerhart Baum (†)

Vorwort

Diese Dissertation wäre ohne die breite Unterstützung, die ich glücklicherweise erfahren habe, nicht entstanden und vor allem nicht abgeschlossen worden. Sie berücksichtigt Gesetzesänderungen, Rechtsprechung und Literatur, die bis zum 31. Dezember 2024 verkündet bzw. veröffentlicht wurden.

Mein Dank gilt zuvörderst meinem Doktorvater, Andreas L. Paulus, der nicht nur bereit war, mich trotz seiner Vereinnahmung als Bundesverfassungsrichter im Jahr 2016 als Externen in den Kreis seiner Göttinger Doktoranden aufzunehmen. Er stand mir auch über die Jahre meines Promotionsvorhabens in wissenschaftlichen Fragen – und darüber hinaus – als inspirierender Förderer meiner Arbeit und Person immer überaus hilfreich zur Verfügung. Martin Eifert, der sich trotz veränderter beruflicher Umstände an seine Zusage gebunden fühlte, danke ich für die zügige Zweitbegutachtung. Michael Tolksdorf danke ich für seine Tätigkeit als Vertrauensdozent im Rahmen des Promotionsstipendiums. Yoan Vilain dafür, dass er mich an das französische öffentliche Recht und die Rechtsvergleichung herangeführt und mir sein weitreichendes Netzwerk zur Verfügung gestellt hat. Danke ferner an Bernhard F. Reiter für seine akribische Lektüre meines Manuskripts und die Korrektur von Rechtschreibungs-, Ausdrucks- und Interpunktionsfehlern. Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, Burkhard Hirsch und insbesondere Gerhart Baum, dem dieses Buch gewidmet ist, verdanke ich die anhaltende Begeisterung für unser Grundgesetz und den Zugang zur Rechtspolitik.

Die Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen hat diese Arbeit durch ein „Anschub“-Stipendium finanziell gefördert, die Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit anschließend durch ein Promotionsstipendium, finanziert aus Mitteln des Bundesministeriums für Forschung, Technologie und Raumfahrt. Für beides bin ich aufrichtig dankbar. Wertvolle Anregungen habe ich zudem im Europäischen Promotionskolleg „Einheit und Differenz im Europäischen Rechtsraum“ der Humboldt-Universität zu Berlin erhalten.

Mein größter Dank gilt schließlich meiner Familie: Meinen Eltern, die uns von klein auf alles zugetraut und keine mögliche Unterstützung ausgelassen haben, meinem Bruder sowie meiner Partnerin und unserer gemeinsamen Tochter. Ohne Euch hätte ich das nicht geschafft!

Berlin, im April 2025

Max Schulze

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	29
I. Erkenntnisinteresse	34
II. Erkenntnisgegenstand	35
1. Begründung der Vergleichsparameter	35
2. Auswahl von drei Befugnissen zur Gefahrenabwehr bzw. -erkennung und Strafverfolgung	36
3. Verortung der Befugnisse	39
III. Angewandte Methode der Rechtsvergleichung	39
1. Methodenauswahl und -begründung	41
a) Mikrovergleichung statt Makrovergleichung	42
b) Keine Untersuchung von legal transplants	43
c) Anwendung der funktionalen Methode	44
2. Konkretes Vorgehen im Wege der funktionalen Methode	44
a) Wirklichkeitsnahe Rechtsvergleichung	48
b) Ausgangspunkt der Verfassungsrechtsprechung in Deutschland und Frankreich	49
aa) Bundesverfassungsgericht	49
bb) Conseil constitutionnel	51
3. Überleitung	52
B. Die Online-Durchsuchung im Rechtsvergleich	53
I. Praktische Bedeutung der Online-Durchsuchung (Anwendungszahlen)	54
1. Praktische Bedeutung für die Gefahrenabwehr	54
a) Deutschland	54
b) Frankreich	56
2. Praktische Bedeutung für die Strafverfolgung	58
a) Deutschland	58
b) Frankreich	58
II. Verfassungsrechtsprechung zur Online-Durchsuchung	59
1. Deutschland	59
a) Bundesverfassungsgericht: Urteil vom 27. Februar 2008 zur Online Durchsuchung im VSG NRW	60
b) Bundesverfassungsgericht: Urteil vom 20. April 2016 zum BKA-Gesetz	62
c) Bundesverfassungsgericht: Beschluss vom 8. Juni 2021 zum PolG BW über IT-Sicherheitslücken	64

d) Bundesverfassungsgericht: Urteil vom 26. April 2022 zum BayVSG	65
e) Bundesverfassungsgericht: Ausstehende Entscheidung zur Online-Durchsuchung in der StPO	66
2. Frankreich	66
a) Conseil constitutionnel: Entscheidung zur Online-Durchsuchung im Code de la sécurité intérieure – Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015	66
b) Conseil constitutionnel: Entscheidung zur Online-Durchsuchung im Code de procédure pénale – Décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019	68
c) Conseil constitutionnel: Neuerliche Entscheidung zur Online-Durchsuchung im Code de procédure pénale – Décision n° 2022-987 QPC du 8 avril 2022	70
III. Rechtslage der Online-Durchsuchung	71
1. Deutschland	72
a) Die Online-Durchsuchung im Gefahrenabwehrrecht	73
aa) Gesetzgebungszuständigkeit	73
bb) Parallelregelungen	74
b) Die Online-Durchsuchung im Strafprozessrecht	74
2. Frankreich	75
a) Die Online-Durchsuchung im Nachrichtendienstrecht	77
aa) Verrechtlichung und Neustrukturierung des Nachrichtendienstrechts	78
bb) Befugnisnorm im Recht der Nachrichtendienste	79
b) Die Online-Durchsuchung im Strafprozessrecht	81
aa) Befugnisnorm des Art. 706-102-1 CPP	83
bb) Praktische Durchführung einer repressiven Online-Durchsuchung	84
cc) Exkurs: Ablauf eines französischen Strafverfahrens	85
3. Betroffene Grundrechte	92
a) Deutschland	92
b) Frankreich	92
4. Eingriffsintensität	95
a) Deutschland	95
b) Frankreich	96
5. Zweck der Online-Durchsuchung	98
a) Deutschland	98
aa) Präventiv	98
bb) Repressiv	99
b) Frankreich	99
aa) Präventiv	99
bb) Repressiv	100

6. Eingriffsschwelle	100
a) Deutschland	100
aa) Präventiv	101
(1) Schutzgüter	101
(2) Gefahrenschwelle	103
(a) Gefahrenschwelle des § 49 Abs. 1 Satz 1 BKAG	103
(b) Gefahrenschwelle des § 49 Abs. 1 Satz 2 BKAG	105
(aa) § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BKAG	107
(bb) § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BKAG	108
bb) Repressiv	109
(1) Schwere der Anlassstraftaten	110
(2) Grad des Tatverdachts	113
b) Frankreich	114
aa) Präventiv	114
(1) Schutzgüter	115
(2) Gefahrenschwelle	115
bb) Repressiv	116
(1) Komplexität und Schwere der Katalogtaten	117
(2) Tatverdacht	118
7. Adressaten	119
a) Deutschland	119
aa) Präventiv	119
bb) Repressiv	120
b) Frankreich	120
aa) Präventiv	120
bb) Repressiv	121
8. Berufsgeheimnisträgerschutz	121
a) Deutschland	121
aa) Präventiv	122
bb) Repressiv	123
b) Frankreich	123
aa) Präventiv	123
bb) Repressiv	124
9. Kernbereichsschutz	125
a) Deutschland	125
aa) Präventiv	127
bb) Repressiv	128
b) Frankreich	128
aa) Präventiv	128
bb) Repressiv	129

10. Rechtsschutz	129
a) Vorbeugende Kontrolle: Anordnung durch unabhängige Stelle	
(1. Phase)	129
aa) Deutschland	130
(1) Präventiv	130
(a) Anordnungskompetenz	131
(b) Keine abweichende Eilfallkompetenz	131
(c) Form und Dauer der Anordnung	131
(d) Antragserfordernis	131
(2) Repressiv	131
bb) Frankreich	132
(1) Präventiv	132
(a) Anordnungskompetenz	133
(b) Keine abweichende Eilfallkompetenz	135
(c) Form und Dauer der Anordnung	136
(d) Antragserfordernis	136
(e) Vorabstellungnahme der CNCTR	137
(2) Repressiv	138
(a) Anordnungskompetenz	138
(b) Keine abweichende Eilfallkompetenz	139
(c) Form und Dauer der Anordnung	139
(d) Antragserfordernis	140
b) Begleitende Kontrolle während der Durchführung (2. Phase)	140
aa) Deutschland	140
(1) Präventiv	140
(2) Repressiv	140
bb) Frankreich	141
(1) Präventiv	141
(2) Repressiv	141
c) Nachträglicher Rechtsschutz (3. Phase)	142
aa) Benachrichtigung	142
(1) Deutschland	142
(a) Präventiv	143
(b) Repressiv	144
(2) Frankreich	145
(a) Präventiv	145
(b) Repressiv	147
bb) Auskunft	147
(1) Deutschland	147
(a) Präventiv	148

(b) Repressiv	148
(2) Frankreich	149
(a) Präventiv	149
(b) Repressiv	150
cc) Zusätzliche Kontrolle durch eine unabhängige Stelle	150
(1) Deutschland	151
(2) Frankreich	151
dd) Fachgerichtliche Überprüfung	153
(1) Deutschland	153
(a) Präventiv	153
(b) Repressiv	154
(2) Frankreich	154
(a) Präventiv	154
(b) Repressiv	156
11. Transparenz und aufsichtliche Kontrolle	157
a) Deutschland	157
aa) Präventiv	158
bb) Repressiv	159
b) Frankreich	160
aa) Präventiv	160
bb) Repressiv	161
12. Löschungspflichten	161
a) Deutschland	162
aa) Präventiv	162
bb) Repressiv	163
b) Frankreich	164
aa) Präventiv	164
bb) Repressiv	166
IV. Anforderungen supranationaler Rechtsprechung	167
1. Gerichtshof der Europäischen Union	167
2. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte	169
3. Entscheidungsübergreifende Anforderungen des EGMR – Einhaltung in Deutschland und Frankreich	170
a) Betroffene Grundrechte	172
aa) Deutschland	173
bb) Frankreich	173
b) Eingriffsintensität	173
aa) Deutschland	173
bb) Frankreich	174

c) Eingriffsschwelle	174
aa) Deutschland	175
bb) Frankreich	175
d) Adressaten	176
aa) Deutschland	177
bb) Frankreich	177
e) Rechtsschutz	178
aa) Vorbeugende Kontrolle: Anordnung durch unabhängige Stelle (1. Phase)	179
(1) Deutschland	180
(2) Frankreich	182
bb) Verlaufskontrolle: Kontrolle der Überwachungsmaßnahmen wäh- rend ihrer Durchführung (2. Phase)	183
(1) Deutschland	184
(2) Frankreich	185
cc) Nachträglicher Rechtsschutz (3. Phase)	186
(1) Deutschland	188
(2) Frankreich	189
f) Löschungspflichten	190
aa) Deutschland	190
bb) Frankreich	191
V. Wesentliche Ergebnisse des Rechtsvergleichs	192
1. Quantitative Bewertung	192
2. Qualitative Bewertung	193
a) Grundrechtsschutz durch Ausgestaltung der Befugnisnorm	193
aa) Zweck	193
bb) Eingriffsschwelle	194
cc) Adressat	195
dd) Berufsgeheimnisträgerschutz	196
ee) Kernbereichsschutz	197
ff) Weiterverwendungsvoraussetzungen	198
b) Grundrechtsschutz durch Verfahren	199
aa) Anordnungscompetenz	199
bb) Anordnungsdauer	200
cc) Anordnungsverfahren	200
dd) Verlaufskontrolle	201
ee) Nachträglicher Rechtsschutz	201
ff) Transparenz und aufsichtliche Kontrolle	203
gg) Löschungspflichten	204

VI. Rechtspolitische Fragen	205
1. Verortung der Online-Durchsuchung	206
2. Aufspielen des Trojaners – Rechtsgrundlage zum heimlichen Betreten von Wohnungen	211
C. Die Überwachung verschlüsselter Telekommunikation im Rechtsvergleich	213
I. Praktische Bedeutung der Überwachung verschlüsselter Telekommunikation (Anwendungszahlen)	215
1. Praktische Bedeutung für die Gefahrenabwehr	216
a) Deutschland	216
b) Frankreich	219
2. Praktische Bedeutung für die Strafverfolgung	219
a) Deutschland	220
b) Frankreich	221
II. Verfassungsrechtsprechung zur Überwachung verschlüsselter Telekommuni- kation	221
1. Deutschland	222
a) Bundesverfassungsgericht: Urteil vom 27. Juli 2005 zur Telekommu- nikationsüberwachung im Nds. SOG	223
b) Bundesverfassungsgericht: Urteil vom 27. Februar 2008 zur Online- Durchsuchung im VSG NRW	226
c) Bundesverfassungsgericht: Beschluss vom 12. Oktober 2011 zur TKÜ- Neuregelung in der StPO	227
d) Bundesverfassungsgericht: Urteil vom 20. April 2016 zum BKA-Gesetz	230
2. Frankreich	232
a) Conseil constitutionnel: Entscheidung zur Strafbarkeit der verweigerten Mitwirkung bei einer Entschlüsselung nach dem Code pénal – Décision n° 2018-696 QPC du 30 mars 2018	233
b) Conseil constitutionnel: Entscheidung zur Telekommunikationsüber- wachung im Code de procédure pénale – Décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019	234
III. Rechtslage der Überwachung verschlüsselter Telekommunikation	237
1. Deutschland	237
a) Die Quellen-Telekommunikationsüberwachung im Gefahrenabwehr- recht	238
b) Die Quellen-Telekommunikationsüberwachung im Strafprozessrecht	240
2. Frankreich	241
a) Telekommunikationsüberwachung und Entschlüsselung im Nachrich- tendienstrecht	243
aa) Telekommunikationsüberwachung nach Art. L. 852-1 CSI	243
bb) Praktische Durchführung der Telekommunikationsüberwachung über die GIC	244

cc) Mitwirkungspflicht zur Entschlüsselung nach Art. L. 871-1 CSI ..	245
b) Telekommunikationsüberwachung und Entschlüsselung im Strafpro- zessrecht	246
aa) Telekommunikationsüberwachung nach Art. 100 CPP und Art. 706-95 CPP	246
bb) Praktische Durchführung der Telekommunikationsüberwachung über die PNIJ	247
cc) Mitwirkungspflicht zur Entschlüsselung nach Art. 230-1 CPP	248
3. Betroffene Grundrechte	249
a) Deutschland	249
b) Frankreich	250
4. Eingriffsintensität	251
a) Deutschland	251
b) Frankreich	251
5. Zweck der Überwachung verschlüsselter Telekommunikation	252
a) Deutschland	252
aa) Präventiv	252
bb) Repressiv	253
b) Frankreich	253
aa) Präventiv	253
bb) Repressiv	253
6. Eingriffsschwelle	254
a) Deutschland	254
aa) Präventiv	254
(1) Schutzgüter	254
(2) Gefahrenschwelle	255
bb) Repressiv	255
(1) Schwere der Anlassstraftaten	256
(2) Grad des Tatverdachts	257
(3) Ungenügende Abgrenzung der Quellen-TKÜ in der StPO	257
b) Frankreich	259
aa) Präventiv	259
(1) Nachrichtendienstliche Aufgabenerfüllung	259
(2) Kontingentierung	260
bb) Repressiv	260
(1) Anlassstraftaten	261
(2) Tatverdacht	262
7. Adressaten	262
a) Deutschland	262
aa) Präventiv	262

bb) Repressiv	264
b) Frankreich	265
aa) Präventiv	265
bb) Repressiv	266
8. Berufsgeheimnisträgerschutz	267
a) Deutschland	267
aa) Präventiv	267
bb) Repressiv	267
b) Frankreich	268
aa) Präventiv	268
bb) Repressiv	269
9. Kernbereichsschutz	270
a) Deutschland	270
aa) Präventiv	271
bb) Repressiv	273
b) Frankreich	275
10. Rechtsschutz	275
a) Vorbeugende Kontrolle: Anordnung durch unabhängige Stelle	
(1. Phase)	275
aa) Deutschland	276
(1) Präventiv	276
(a) Anordnungscompetenz	276
(b) Eilfallkompetenz	276
(c) Form und Dauer der Anordnung	276
(d) Antragserfordernis	276
(2) Repressiv	277
(a) Anordnungscompetenz	277
(b) Eilfallkompetenz	277
(c) Form und Dauer der Anordnung	277
(d) Antragserfordernis	277
bb) Frankreich	278
(1) Präventiv	278
(a) Anordnungscompetenz	278
(b) Eilfallkompetenz	279
(c) Form und Dauer der Anordnung	279
(d) Antragserfordernis	279
(e) Vorabstellungnahme	280
(2) Repressiv	280
(a) Anordnungscompetenz	280
(b) Eilfallkompetenz	281

(c) Form und Dauer der Anordnung	281
(d) Antragserfordernis	282
b) Begleitende Kontrolle während der Durchführung (2. Phase)	282
aa) Deutschland	282
(1) Präventiv	282
(2) Repressiv	282
bb) Frankreich	283
(1) Präventiv	283
(2) Repressiv	283
c) Nachträglicher Rechtsschutz (3. Phase)	284
aa) Benachrichtigung	284
(1) Deutschland	284
(a) Präventiv	284
(b) Repressiv	285
(2) Frankreich	286
(a) Präventiv	286
(b) Repressiv	286
bb) Auskunft	287
(1) Deutschland	287
(a) Präventiv	287
(b) Repressiv	287
(2) Frankreich	288
(a) Präventiv	288
(b) Repressiv	288
cc) Zusätzliche Kontrolle durch eine unabhängige Stelle	288
(1) Deutschland	288
(2) Frankreich	289
(a) Präventiv	289
(b) Repressiv	290
dd) Fachgerichtliche Überprüfung	291
(1) Deutschland	291
(a) Präventiv	291
(b) Repressiv	291
(2) Frankreich	291
(a) Präventiv	291
(b) Repressiv	292
11. Transparenz und aufsichtliche Kontrolle	292
a) Deutschland	292
aa) Präventiv	293
bb) Repressiv	293

b) Frankreich	294
aa) Präventiv	294
bb) Repressiv	294
12. Löschungspflichten	295
a) Deutschland	295
aa) Präventiv	295
bb) Repressiv	295
b) Frankreich	296
aa) Präventiv	296
bb) Repressiv	297
IV. Anforderungen supranationaler Rechtsprechung	298
1. Gerichtshof der Europäischen Union	298
2. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte	301
3. Entscheidungsübergreifende Anforderungen des EGMR	302
a) Betroffene Grundrechte und Eingriffsintensität	304
aa) Deutschland	304
bb) Frankreich	305
b) Eingriffsschwelle	305
aa) Deutschland	306
bb) Frankreich	307
c) Adressaten	307
aa) Deutschland	308
bb) Frankreich	309
d) Rechtsschutz	310
aa) Vorbeugende Kontrolle: Anordnung durch unabhängige Stelle	
(1. Phase)	311
(1) Deutschland	312
(2) Frankreich	313
bb) Kontrolle der Überwachungsmaßnahmen während ihrer Durchführung (2. Phase)	313
(1) Deutschland	315
(2) Frankreich	315
cc) Benachrichtigung und nachträglicher Rechtsschutz (3. Phase)	316
(1) Deutschland	318
(2) Frankreich	319
e) Löschungspflichten	320
aa) Deutschland	321
bb) Frankreich	322
V. Wesentliche Ergebnisse des Rechtsvergleichs	322
1. Quantitative Bewertung	323

2. Qualitative Bewertung	324
a) Grundrechtsschutz durch Ausgestaltung der Befugnisnorm	324
aa) Zweck	325
bb) Eingriffsschwelle	325
cc) Adressat	326
dd) Berufsgeheimnisträgerschutz	326
ee) Kernbereichsschutz	327
ff) Weiterverwendungsvoraussetzungen	328
b) Grundrechtsschutz durch Verfahren	329
aa) Anordnungscompetenz	329
bb) Anordnungsdauer	329
cc) Anordnungsverfahren	330
dd) Verlaufskontrolle	330
ee) Nachträglicher Rechtsschutz	331
ff) Transparenz und aufsichtliche Kontrolle	332
gg) Löschungspflichten	332
VI. Rechtspolitische Fragen	333
1. Verhältnis von Quellen-TKÜ und Online-Durchsuchung	334
2. Mitwirkungspflicht der Anbieter von Verschlüsselungstechnologien	337
3. Vorschlag der EU Kommission für eine „Chatkontrolle“	341
D. Die Vorratsdatenspeicherung im Rechtsvergleich	344
I. Praktische Bedeutung der Vorratsdatenspeicherung (Anwendungszahlen)	347
1. Praktische Bedeutung für die Gefahrenabwehr	347
a) Deutschland	347
b) Frankreich	348
2. Praktische Bedeutung für die Strafverfolgung	349
a) Deutschland	349
b) Frankreich	351
II. Verfassungsrechtsprechung zur Vorratsdatenspeicherung	352
1. Deutschland	352
a) Bundesverfassungsgericht: Urteil vom 2. März 2010 zur „ersten“ Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten	353
b) Bundesverfassungsgericht: Beschluss vom 8. Juni 2016 zur „zweiten“ Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten nach der EuGH-Entscheidung in der Rechtssache Digital Rights	355
c) Bundesverfassungsgericht: Beschluss vom 26. März 2017 zur „zweiten“ Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten nach der EuGH-Entscheidung in der Rechtssache Tele2 Sverige	356

2. Frankreich	357
a) Conseil constitutionnel: Entscheidung zum Abruf von vorsorglich gespeicherten Telekommunikationsverkehrsdaten zu präventiven Zwecken im CPCE – Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006	357
b) Conseil constitutionnel: Entscheidung zum präventiven Abruf von vorsorglich gespeicherten Telekommunikationsverkehrsdaten im Code de la sécurité intérieure – Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015	359
c) Conseil constitutionnel: Entscheidung zum präventiven Abruf von vorsorglich gespeicherten Telekommunikationsverkehrsdaten im Code de la sécurité intérieure (alte Rechtslage) – Décision n° 2015-478 QPC du 24 juillet 2015	360
d) Conseil constitutionnel: Entscheidung zum repressiven Abruf von vorsorglich gespeicherten Telekommunikationsverkehrsdaten durch den Zoll – Décision n° 2018-764 QPC du 15 février 2019	361
e) Conseil constitutionnel: Entscheidung zum Abruf von Vorrats-Vkehrsdaten in der Phase staatsanwaltlicher Vorermittlungen – Décision n° 2021-952 QPC du 3 décembre 2021	363
f) Conseil constitutionnel: Entscheidung zur vorsorglichen (Verkehrs-) Datenspeicherung nach Art. L. 34-1 CPCE a.F. – Décision n° 2021-976/977 QPC du 25 février 2022	364
g) Conseil constitutionnel: Entscheidung zum Abruf von Vorrats-Vkehrsdaten in der Phase staatsanwaltlicher Vorermittlungen zwecks Verfolgung einer frisch begangenen Tat – Décision n° 2022-993 QPC du 20 mai 2022	366
h) Conseil constitutionnel: Entscheidung zum Abruf von Vorrats-Vkehrsdaten in der Phase der gerichtlichen Untersuchung – Décision n° 2022-1000 QPC du 17 juin 2022	367
III. Rechtslage der Vorratsdatenspeicherung	368
1. Deutschland	369
a) Speicherpflicht von Verkehrsdaten (1. Stufe)	370
b) Abruf der vorsorglich gespeicherten Verkehrsdaten (2. Stufe)	370
c) Parallelregelungen	370
2. Frankreich	372
a) Speicherpflicht von Verkehrsdaten (1. Stufe)	373
aa) Telekommunikationsanbieter nach dem CPCE	373
bb) Anbieter von Telekommunikations- und digitalen Diensten nach dem LCEN	374
b) Abruf der vorsorglich gespeicherten Verkehrsdaten (2. Stufe)	375
c) Parallelregelungen	377
d) Durchführung des Abrufs von Vorrats-Vkehrsdaten	378
IV. Vorsorgliche Datenspeicherung (1. Stufe der Vorratsdatenspeicherung)	378
1. Betroffene Grundrechte	378
a) Deutschland	378

b) Frankreich	379
2. Eingriffsintensität	381
a) Deutschland	381
b) Frankreich	383
3. Gegenstand der vorsorglichen Datenspeicherung	385
a) Deutschland	385
b) Frankreich	387
4. Datensicherheit	389
a) Deutschland	389
b) Frankreich	390
5. Zwecke der Vorratsdatenspeicherung (Verwendungszweckregelung)	390
a) Deutschland	390
b) Frankreich	391
V. Verwendung der Vorrats-Verkehrsdaten (2. Stufe)	393
1. Deutschland	393
a) Die Verwendung zur Gefahrenabwehr	394
b) Die Verwendung zur Strafverfolgung	395
2. Frankreich	395
a) Die Verwendung zur nachrichtendienstlichen Aufgabenerfüllung	396
b) Die Verwendung zur Strafverfolgung	396
aa) Bestimmung der Befugnisnorm	400
bb) Präzisierung durch Durchführungsbestimmungen auf Verordnungsebene	401
cc) Konkrete Praxis der repressiven Verkehrsdatenerhebung	402
3. Eingriffsschwellen der Abrufnormen	402
a) Deutschland	403
aa) Präventiv	404
(1) Schutzgüter	405
(2) Gefahrenschwelle	405
bb) Repressiv	409
(1) Schwere der Katalogtaten	410
(2) Grad des Tatverdachts	411
b) Frankreich	411
aa) Präventiv	411
bb) Repressiv	412
(1) Schwere der Anlasstaten	413
(2) Grad des Tatverdachts	414
4. Adressaten der Abrufnormen	414
a) Deutschland	414
aa) Präventiv	415

bb) Repressiv	416
b) Frankreich	417
aa) Präventiv	417
bb) Repressiv	419
5. Berufsgeheimnisträgerschutz	419
a) Deutschland	419
aa) Präventiv	420
bb) Repressiv	421
b) Frankreich	421
aa) Präventiv	421
bb) Repressiv	422
6. Kernbereichsschutz	423
7. Rechtsschutz gegen die Datenverwendung	424
a) Vorbeugende Kontrolle: Anordnung durch unabhängige Stelle	
(1. Phase)	424
aa) Deutschland	424
(1) Präventiv	425
(a) Anordnungskompetenz	425
(b) Form und Dauer der Anordnung	426
(c) Antragserfordernis	426
(2) Repressiv	426
(a) Anordnungskompetenz	426
(b) Eilfallkompetenz	427
(c) Form und Dauer der Anordnung	427
(d) Antragserfordernis	427
bb) Frankreich	427
(1) Präventiv	428
(a) Anordnungskompetenz	428
(b) Eilfallkompetenz	430
(c) Form und Dauer der Anordnung	430
(d) Antragserfordernis	431
(e) Unverbindliche Vorabstellungnahme	431
(2) Repressiv	431
b) Begleitende Kontrolle während der Durchführung (2. Phase)	432
c) Nachträglicher Rechtsschutz (3. Phase)	432
aa) Benachrichtigung	433
(1) Deutschland	433
(a) Präventiv	434
(b) Repressiv	434

(2) Frankreich	435
(a) Präventiv	435
(b) Repressiv	435
bb) Auskunft	436
(1) Deutschland	436
(a) Präventiv	436
(b) Repressiv	436
(2) Frankreich	436
(a) Präventiv	437
(b) Repressiv	437
cc) Zusätzliche Kontrolle durch eine unabhängige Stelle	437
(1) Deutschland	437
(2) Frankreich	438
dd) Fachgerichtliche Überprüfung	439
(1) Deutschland	439
(a) Präventiv	439
(b) Repressiv	439
(2) Frankreich	439
(a) Präventiv	440
(b) Repressiv	440
ee) Exkurs: Zugang zur Verfassungsgerichtsbarkeit	441
(1) Deutschland	441
(2) Frankreich	442
8. Transparenz und aufsichtliche Kontrolle	443
a) Deutschland	443
aa) Präventiv	445
bb) Repressiv	445
b) Frankreich	446
aa) Präventiv	446
bb) Repressiv	447
9. Löschungspflichten	448
a) Deutschland	448
aa) Präventiv	449
bb) Repressiv	449
b) Frankreich	450
aa) Präventiv	450
bb) Repressiv	451

VI. Anforderungen supranationaler Rechtsprechung	451
1. Gerichtshof der Europäischen Union	452
a) EuGH (Große Kammer): Urteil vom 8. April 2014 in den Rechtssachen Digital Rights Ireland Ltd gegen Minister for Communications, Marine and Natural Resources u. a., C-293/12, und Kärntner Landesregierung u. a., C-594/12	452
b) EuGH (Große Kammer): Urteil vom 21. Dezember 2016 in den Rechtssachen Tele2 Sverige AB gegen Post- och telestyrelsen, C-203/15, und Secretary of State for the Home Department gegen Tom Watson u. a., C-698/15	454
c) EuGH (Große Kammer): Urteil vom 6. Oktober 2020 in den Rechtssachen La Quadrature du Net u. a. gegen Premier Ministre u. a., C-511/18 und C-512/18, und Ordre des barreaux francophones et germanophone u. a. gegen Conseil des ministres, C-520/18	456
aa) Vorratsdatenspeicherung zum Schutz der nationalen Sicherheit/ während eines Staatsnotstands	457
bb) Zielgerichtete Vorratsdatenspeicherung (personell oder räumlich begrenzt)	459
cc) Allgemeine und unterschiedslose Vorratsdatenspeicherung von IP-Adressen zwecks Identifikation	460
dd) Quick freeze (conservation rapide, expedited retention)	461
d) EuGH (Große Kammer): Urteil vom 20. September 2022 in den Rechtssachen Bundesrepublik Deutschland gegen SpaceNet AG und gegen Telekom Deutschland GmbH, C-793/19 und C-794/19	462
e) EuGH (Plenum): Urteil vom 30. April 2024 in der Rechtssache La Quadrature du Net u. a. gegen Premier Ministre u. a., C-470/21 (auch: Hadopi)	465
2. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte	467
3. Entscheidungsübergreifende Anforderungen des EuGH und des EGMR	469
a) Betroffene Grundrechte	469
aa) Deutschland	470
bb) Frankreich	470
b) Eingriffsintensität	470
aa) Deutschland	472
bb) Frankreich	472
c) Vorsorgliche Datenspeicherung (1. Stufe)	472
aa) Deutschland	475
bb) Frankreich	476
d) Datensicherheit der vorsorglich gespeicherten Daten	477
aa) Deutschland	478
bb) Frankreich	478
e) Eingriffsschwelle der Datenerhebung (2. Stufe)	479
aa) Deutschland	480

bb) Frankreich	480
f) Adressaten der Vorratsdatenspeicherung (1. Stufe und insb. 2. Stufe)	481
aa) Deutschland	482
bb) Frankreich	482
g) Berufsgeheimnisträgerschutz	483
aa) Deutschland	483
bb) Frankreich	483
h) Kernbereichsschutz	484
i) Rechtsschutz	484
aa) Vorbeugende Kontrolle: Anordnung des Datenabrufs durch eine unabhängige Stelle (1. Phase)	484
(1) Deutschland	485
(2) Frankreich	485
bb) Verlaufskontrolle (2. Phase)	486
cc) Benachrichtigung und nachträglicher Rechtsschutz (3. Phase)	486
(1) Deutschland	487
(2) Frankreich	487
j) Transparenz und aufsichtliche Kontrolle	487
aa) Deutschland	488
bb) Frankreich	489
k) Löschungspflichten	490
aa) Deutschland	490
bb) Frankreich	490
VII. Wesentliche Ergebnisse des Rechtsvergleichs	490
1. Quantitative Bewertung	492
2. Qualitative Bewertung	492
a) Grundrechtsschutz durch Ausgestaltung der Befugnisnorm	493
aa) Zweck	494
bb) Eingriffsschwelle	495
cc) Adressat	495
dd) Berufsgeheimnisträgerschutz	496
ee) Weiterverwendungsvoraussetzungen	497
b) Grundrechtsschutz durch Verfahren	498
aa) Anordnungscompetenz	498
bb) Anordnungsdauer	499
cc) Anordnungsverfahren	499
dd) Nachträglicher Rechtsschutz	499
ee) Transparenz und aufsichtliche Kontrolle	502
ff) Löschungspflichten	502
c) Vereinbarkeit mit Unionsrecht	503

VIII. Rechtspolitische Fragen	504
1. Schicksal der deutschen Vorratsdatenspeicherung	505
2. Ausweitung der deutschen Vorratsdatenspeicherung auf Messengerdienste	509
3. Ausblick auf etwaige Rechtsakte der Europäischen Union	512
E. Maßnahmenübergreifendes Resümee	514
I. Ergebnisse	518
1. Quantitative Anwendung	518
2. Qualitative Analyse: Mittel zur Einhegung eingriffsintensiver Maßnahmen	519
a) Bestimmtheit der Eingriffsschwellen	519
b) Bestimmtheit der Adressaten	520
c) Kernbereichsschutz	521
d) Löschungspflichten und Weiterverwendungsvoraussetzungen	521
e) Rechtsschutz	522
aa) Vorbeugender Rechtsschutz	522
bb) Nachträglicher Rechtsschutz	526
II. Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit für die Ergebnisse	530
Literaturverzeichnis	536
Stichwortverzeichnis	551

A. Einleitung

Mehr als jemals zuvor muss sich der Blick eines jeden Juristen heute auch über die nationalen Grenzen hinaus richten. Die zunehmende Angleichung der Lebensführung der Menschen in den europäischen Gesellschaften sowie die Öffnung der nationalen Rechtsordnungen für das Unions- und Völkerrecht führen dazu, dass die nationalen Höchstgerichte in Frankreich und Deutschland mit denselben Rechtsproblemen konfrontiert sind. Zur Lösung dieser Probleme und Schärfung ihrer Argumentation greifen sie zunehmend auf Rechtsvergleichung zurück. Einer vertieften Kenntnis der höchstrichterlichen Verwaltungsrechtsprechung – und der Verfassungsrechtsprechung¹ – kommt deswegen wachsende Bedeutung zu. Die aktuelle Epoche der Europäisierung und Internationalisierung der Lebenswirklichkeiten und des Rechts, in der wir leben, stellt nationale Besonderheiten und die territoriale Geltung staatlicher Normen in Frage. Sie führt einerseits zu einem Bedeutungsgewinn des Unionsrechts und des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes in Europa, andererseits aber auch zu einer stärkeren Konvergenz nationaler Rechtsordnungen.²

Dass diese Konvergenz auch auf (Verfassungs-)Rechtsvergleichung zurückzuführen ist, weil rechtsvergleichende Argumente erwogen worden sind, geht, so der ehemalige Präsident des Bundesverfassungsgerichts, vergleichsweise selten aus den Entscheidungen der Höchstgerichte selbst hervor. Die Erträge der Rechtsvergleichung seien aber nicht auf ihre sichtbaren Bezugnahmen in den Entscheidungsgründen begrenzt. Wo sich bei vergleichbaren Problemlagen vergleichsweise ein-

¹ Vgl. *Kemmerer*, Warum die Welt nach Karlsruhe blickt – Globalisierung des Rechts: Die Rechtswissenschaft kommt nicht mehr ohne den vergleichenden Blick aus, FAZ vom 6. Juli 2016, S. N4; *Vofßkuhle*, Karlsruhe Unlimited? Zu den (unsichtbaren) Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, FAZ vom 27. Februar 2020, S. 8: „In der Praxis des Bundesverfassungsgerichts spielt ferner der rechtsvergleichende Blick auf die Spruchpraxis anderer Verfassungsgerichte eine nicht zu unterschätzende Rolle. Er kann zu einer neuen Interpretation anregen, kann aber auch – und deshalb darf er in diesem Zusammenhang nicht fehlen – zu verschärftem Nachdenken anhalten, ob wirklich ein Sonderweg eingeschlagen werden sollte.“

² Vgl. *Rennert/Sauvé*, Vorwort zur Einführung der sog. Publications croisées (gekreuzte Veröffentlichungen) von ausgewählten Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts und des Conseil d'État in der Neuen Zeitschrift für Verwaltungsrecht und der Revue française du droit administratif, RFDA 2015, 429 (429), das ich hierfür übersetzt habe; vgl. auch Pressemitteilung des Bundesverwaltungsgerichts Nr. 28/2015 zur Einführung der sog. Publications croisées.

hellige Lösungen fänden, wähle jedenfalls das Bundesverfassungsgericht nicht ohne zwingende Gründe einen völlig anderen Lösungsweg.³

Diese rechtsvergleichende Arbeit zum Thema der informationellen Bekämpfung von Terrorismus und Kriminalität greift die von Andreas Voßkuhle sowie Klaus Rennert und Jean-Marc Sauvé skizzierte Entwicklung durch die Darstellung und Bewertung von Rechtslage und Praxis ausgewählter Sicherheitsmaßnahmen in Deutschland und Frankreich auf. Sie soll deutschen und französischen Behörden den Zugang zum Rechtssystem des jeweils anderen mit seinen Vorzügen und Nachteilen erleichtern, um bei der Rechtsanwendung, bei der Rechtsprechung sowie bei künftiger Rechtsetzung die eigene Herangehensweise hinterfragen und gegebenenfalls anpassen zu können.⁴

In dem untersuchten Bereich ist die Dynamik der Rechtsentwicklung groß. Die Zahl der mobilen Internetnutzer wächst genauso rasant wie das Ausmaß des mobilen Datenverkehrs, das in Rechenzentren gespeicherten Datenvolumen und die Masse über das Netz verschickter Nachrichten.⁵ Gleichzeitig sind Terrorismus und Kriminalität immer stärker international geprägt, und auch die informationellen Maßnahmen zur Gefahrenabwehr und Strafverfolgung gleichen sich mit voranschreitender Digitalisierung schon aus technischen Gründen zunehmend an. Das lässt sich einerseits an der Gesetzgebungsaktivität im Sicherheits- und Strafprozessrecht diesseits und jenseits des Rheins ablesen. Ganz praktisch belegt das andererseits aber auch der bekannt gewordene Fall von EncroChat – so hieß der „über lange Zeit mit Abstand ärgste Feind der Beamten“ bei der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität.⁶ Unter dem Dach der „European Union Agency for Criminal Justice Cooperation“ (Eurojust) ist es französischen und niederländischen Strafverfolgungsbehörden gelungen, die europaweit in Kreisen der Organisierten Kriminalität verbreitete Hard- und Software zur anonymen, verschlüsselten Kommunikation zu unterwandern.⁷ EncroChat wurde von unbekannten Personen über Server, die in Frankreich standen, angeboten. Die Betreiber verkauften speziell präparierte Mobiltelefone, die ihren zuletzt ca. 60.000 Nutzern in Europa nicht zuzuordnen waren, und darauf aufbauende Kommunikationsdienstleistungen, die auf einem extra ge-

³ Vgl. Voßkuhle, Karlsruhe Unlimited? Zu den (unsichtbaren) Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, FAZ vom 27. Februar 2020, S. 8.

⁴ Vgl. zu den Zwecken der Rechtsvergleichung Starck, Verfassungen, 2009, S. 344 ff.

⁵ Vgl. Armbruster/Finsterbusch, Rechnen überall, FAZ vom 31. August 2020, S. 18: Weltweit 4,18 Milliarden mobile Internetnutzer, 40,77 Milliarden Gigabyte mobiler Datenverkehr pro Monat, 985 Milliarden Gigabyte in Rechenzentren gespeichertes Datenvolumen, 100 Milliarden über facebook verschickte Nachrichten pro Tag.

⁶ Diehl/Lehberger/Meyer-Heuer/Rosenbach, Operation „Festspiele“, Spiegel Magazin Nr. 52/2020, S. 52. Das in Deutschland bislang größte Verfahren aus den gewonnenen EncroChat-Daten trug im BKA den Decknamen „Festspiele“.

⁷ Vgl. Joint Eurojust/Europol press release, Dismantling of an encrypted network sends shockwaves through organised crime groups across Europe, 2. Juli 2020; Brühl, Polizei hackt sich in schmutzige Geheimnisse von Killern und Dealern, SZ online vom 3. Juli 2020.

sicherten Betriebssystem operierten. Bei den Mobiltelefonen waren die überwachungsanfälligen Geräte wie Kamera, Mikrophon, GPS-Sender und der USB-Port ausgebaut. Versendete Nachrichten wurden nach ihrer Kenntnisnahme automatisch gelöscht. Die Löschung des gesamten Speichers des IT-Geräts war aus der Ferne möglich, die wiederholte Eingabe eines falschen PIN-Codes führte zur Löschung sämtlicher Daten. Auf Grundlage des französischen Strafprozessrechts haben die Behörden die Kommunikationsplattform infiltriert und über Monate vermeintlich verschlüsselte Kommunikation der Nutzer von EncroChat in Echtzeit mitgelesen. Das hat zur Identifizierung abertausender Nutzer geführt. Europaweit wurden Strafverfahren eröffnet, Beweise gesammelt und Verdächtige festgenommen. Allein dem Bundeskriminalamt sind aus dem gehobenen Datenschatz acht Millionen Nachrichten übergeben worden, aus denen sich – nach Angaben der Ermittler des BKA – zeigt, dass ein Großteil der Nutzer absolutes Vertrauen in die Verschlüsselung von EncroChat hatte.⁸ Die monatelange Überwachung endete erst, als die Betreiber von EncroChat die Unterwanderung durch die Strafverfolgungsbehörden am 13. Juni 2020 bemerkten, ihre Nutzer daraufhin warnten und zur Vernichtung der Mobiltelefone aufriefen.⁹

Der Einsatz informationeller Maßnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus und Kriminalität kann – wie am Beispiel von EncroChat – einerseits zu repressiven Zwecken auf Grundlage des jeweiligen Strafprozessrechts erfolgen. Ihr Einsatz ist andererseits zu präventiven Zwecken auf Grundlage des Nachrichtendienstrechts (Deutschland und Frankreich) bzw. des Polizeirechts (Deutschland) möglich. Beides wird in dieser Arbeit untersucht. Diese Herangehensweise, die sich nicht isoliert auf das Gefahrenabwehrrecht oder das Strafprozessrecht beschränkt, trägt der kontinuierlichen Entwicklung Rechnung, dass die grundrechtssensiblen Anwendungsbereiche von Prävention und Repression zunehmend verschwimmen:¹⁰ Dies ist in Deutschland besonders deutlich etwa durch das Ausgreifen des materiellen Strafrechts in das Tatvorfeld oder aber durch sicherheitsbehördliche Zusammenarbeit in besonderen Einrichtungen wie dem Gemeinsamen Terrorismusabwehrzentrum (GTAZ) zu beobachten. Neben dem Code de procédure pénale und der Strafprozessordnung stehen demnach zwei vergleichsweise junge Gesetze des besonderen Verwaltungsrechts im Zentrum der Untersuchung: das französische Gesetz über das Nachrichtendienstwesen vom 24. Juli 2015 („Loi sur le renseignement“), das in keinem Zusammenhang mit den islamistisch-terroristischen Anschlägen in Paris

⁸ Vgl. *Diehl/Lehberger/Meyer-Heuer/Rosenbach*, Operation „Festspiele“, Spiegel Magazin Nr. 52/2020, S. 52 ff.

⁹ Vgl. zum Hergang des französischen Ausgangsverfahrens auch *Roth*, GSZ 2021, S. 238 (239 f.).

¹⁰ Vgl. dazu nur *Bäcker*, in: Kulick/Goldhammer (Hrsg.), *Der Terrorist als Feind?*, 2020, S. 147 (160) zur „strukturellen Gemengelage von Polizei- und Strafverfahrensrecht“.