

PROF. DR. IUR. DR. RER. POL. CHRISTIAN KIRCHNER, LL.M. (HARVARD)

HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN

JURISTISCHE FAKULTÄT/WIRTSCHAFTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT



Lehrstuhl für deutsches, europäisches und internationales
Zivil- und Wirtschaftsrecht und Institutionenökonomik

e-mail: Christian.Kirchner@rewi.hu-berlin.de
Homepage: www.rewi.hu-berlin.de/jura/lis/ksnr

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie der Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG(Drucksache 16/5846) für die Anhörung des Rechtsausschusses am 21. 9. 2007

1. Konzentration der Stellungnahme auf die Änderung des TKG

Als Zivil- und Wirtschaftsrechtlicher sowie Ökonom werde ich meine Ausführungen zum genannten Gesetzentwurf auf ausgesuchte Rechtsfragen sowie die ökonomischen Bedenken konzentrieren, soweit es um eine Änderung des Telekommunikationsgesetzes (TKG) geht. Den Schwerpunkt werde ich auf die Fassung und Begründung der neu in das TKG einzufügenden § 113 a und b legen. Soweit es dabei um verfassungsrechtliche Bewertungen geht, werde ich im Lichte der mir zugänglichen verfassungsrechtlichen Stellungnahme eine Abwägung vornehmen, ohne aber selbst als Verfassungsrechtler werten zu wollen.

2. Umfang der Vorratsdatenspeicherungspflicht nach §§, 111, 113 a und die Übermittlungspflicht nach § 113 b TKG-E

Es ist streitig, ob der Umfang der Vorratsdatenspeicherungspflicht nach §§ 111, 113 a und die Übermittlungspflicht nach § 113 b TKG-E verfassungsrechtliche Vorgaben entspricht. Zweifel ergeben sich in Bezug auf die sehr

weite Fassung von § 113 b Nr. 1 („Verfolgung von Straftaten“). In der Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über die Vorratsdatenspeicherung wird in Artikel 3 die Pflicht zur Vorratsspeicherung geregelt und in Art. 5 der Umfang der zu speichernden Daten. Bezüglich des Zugangs zu den gespeicherten Daten fehlt eine detaillierte Richtlinienregelung. Immerhin aber sieht die Richtlinie in Artikel 1 Abs. 1 (gestützt durch die Erwägungsgründe 9 und 21) vor, dass die auf Vorrat gespeicherten Daten zu Zwecken der „Ermittlung, Feststellung und Verfolgung schwerer Straftaten“ zur Verfügung stehen sollen. Zudem haben nach Art. 4 die Mitgliedstaaten Maßnahmen zu erlassen, um sicherzustellen, dass die gemäß der Richtlinie auf Vorrat gespeicherten Daten nur in bestimmten Fällen und in Übereinstimmung mit dem innerstaatlichen Recht an die zuständigen nationalen Behörden weitergegeben werden. Der Schutz der Betroffenen, deren Daten gespeichert werden, soll durch die Beachtung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) gewährleistet werden (Art. 4 Satz 2). Erwägungsgrund 17 verweist außerdem auf die ‚vollständige Achtung der Grundrechte der betroffenen Personen‘. Damit wird für den deutschen Gesetzgeber eine gemeinschaftsrechtliche Pflicht statuiert, die Weitergabe der gespeicherten Daten so zu regeln, dass dies sowohl der EMRK als auch dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland entspricht. Wenn nun aber nach § 113 b Nr. 1 eine Verpflichtung von Weitergabe von Daten ‚zur Verfolgung von Straftaten‘ angeordnet wird, erscheint dies verfassungsrechtlich und folglich auch gemeinschaftsrechtlich bedenklich. Es wird nicht nach der Schwere und Erheblichkeit der betreffenden Straftaten unterschieden. Schon aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen besteht hier Konkretisierungsbedarf.

3. Entschädigungslose Inpflichtnahme Privater für Zwecke der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung

3.1 Argumentation im Gesetzentwurf

In den §§ 111, 113 a wird eine Vorratsdatenspeicherungspflicht, in § 113 b eine Übermittlungspflicht dieser Daten statuiert. Damit werden Private, nämlich ‚Anbieter öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste

oder Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes' (Terminologie des Art. 5 Vorratsdatenspeicherungs-Richtlinie) bzw. Unternehmen, die ‚öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste für Endnutzer‘, ‚Anbieter von Diensten der elektronischen Post‘, ‚Anbieter von Internetzugangsdiensten (Terminologie von § 113 a Abs. 1 – 4 TKG-E), für Zwecke der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung in Dienst genommen. Dann stellt sich die Frage, ob dies eine entsprechende Entschädigungspflicht nach sich zieht oder ziehen soll. Dies ist zum einen eine rechtliche, zum anderen eine ökonomische Frage. Im Gesetzentwurf wird eine Entschädigungspflicht nicht geregelt.

Im Gesetzentwurf wird in Abschnitt E (Sonstige Kosten) (S. 7) zu dieser Frage Stellung genommen. Es wird darauf verwiesen, dass den betroffenen Unternehmen durch die Erfüllung der in den §§ 111, 113 a TKG-E vorgesehenen Speicherungspflichten zusätzlicher Aufwand entsteht. Es ist von einem ‚Mehraufwand‘ zwischen einigen Tausend und mehreren Hunderttausend Euro die Rede. Es wird davon ausgegangen, dass diese ‚Mehrkosten‘ sich in der Kostenkalkulation der betroffenen Unternehmen niederschlagen werden und an die Kunden weitergegeben werden. Dies habe eine ‚geringfügige‘ Steigerung des Verbraucherpreisniveaus im Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen zu Folge. Hier wird mit Hypothesen gearbeitet, die nicht erhärtet werden. Sollten Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass diese Hypothesen unzutreffend sind, verliert die betreffende Argumentation ihr Fundament.

Im Allgemeinen Teil der Begründung des Gesetzentwurfs wird in Abschnitt VI.4 (auf S. 62 f.) genauer auf die Frage der Entschädigung der Diensteanbieter eingegangen. Hier werden explizit die mit der Erfüllung der Speicherungspflichten verbundenen Investitionsaufwendungen angesprochen. Eine Entschädigung ist für diese Aufwendungen nicht vorgesehen. Rechtlich wird dies erreicht, indem § 110 Abs. 9 Satz 2 TKG nicht geändert wird. In der Begründung für diesen ‚Verzicht‘ auf Entschädigung wird zum einen darauf verwiesen, dass der Aufwand nicht so hoch ausfalle, ‚wie im Zuge der Beratungen der Richtlinie zunächst zu befürchten war‘, zum anderen wird auf § 9 Geldwäschegesetz verwiesen, der ebenfalls keine Entschädigung vorsieht. Schließlich wird auf praktische Probleme der Ermittlung des konkreten Investitionsbedarfs ver-

wiesen. In Bezug auf die Entschädigung für laufende Kosten wird auf eine geplante Änderung des Justizvergütungs- und –entschädigungsgesetzes (JVEG) verwiesen.

In Abschnitt X, in dem die zu erwartenden kostenrelevanten Auswirkungen des Gesetzentwurfs erörtert werden, wird in Unterabschnitt 5 (auf S. 73) nochmals zwischen dem variabel anfallenden Aufwand für die Beauskunftung von Verkehrsdaten – der nach § 23 Abs 1 Nr. 2 JVEG zu entschädigen ist – und den Investitionsaufwendungen und den damit einhergehenden ‚ggf. gesteigerten Betriebskosten‘ unterschieden, die nicht zu kompensieren seien. Hier wird erneut auf das Argument der Abwälzbarkeit dieser Kosten auf die Kunden und die ‚geringfügige‘ Anhebung des Verbraucherpreisniveaus aufgegriffen.

3.2 Kritik

Das Fehlen adäquater Entschädigungsregelungen, also der Verzicht einer Revision von § 110 Abs. 9 TKG, für die im Jahre 2004 eine Rechtsgrundlage in das TKG aufgenommen worden war, begegnet schweren Bedenken. Diese beruhen zum einen auf der fehlerhaften Argumentation im Gesetzentwurf und seiner Begründung, in verfassungsrechtlichen Problemen sowie in nicht in Rechnung gestellten ökonomischen Konsequenzen des Fehlens einer Entschädigungsregelung.

Die Argumentation bezüglich des Verzichts auf eine Entschädigungsregelung im Gesetzentwurf weist erhebliche Fehler auf. Die angenommene Größenordnung der Aufwendungen, nämlich eine Betrag zwischen einigen Tausend bis zu mehreren Hunderttausend Euro, ist völlig unrealistisch. Nach Brancheninformationen (BITKOM) belaufen sich allein die Kosten für die erforderlichen Investitionen auf 50 bis 70 Mio. €. Hinzu kommen jährlich Betriebskosten in zweistelliger Höhe. Der Hinweis auf die Möglichkeit, die Aufwendungen, die im Zusammenhang mit der Vorratsspeicherung von Daten und deren Übermittlung, auf die Kunden zu überwälzen, ist eine in den Raum gestellte Vermutung ohne sachliche Begründung. Die Überwälzbarkeit von zusätzlichen Kosten in

einer Branche hängt im wesentlichen von der Marktstruktur ab, wie auch von der Elastizität der Nachfrage. Es ist angesichts des teils sehr intensiven Wettbewerbs in der Branche und der Preissensibilität der Kunden nicht davon auszugehen, daß eine volle Überwälzung zusätzlicher Kosten im Zusammenhang mit der Vorratsdatenspeicherung möglich ist. Zudem wird beim Argument der Überwälzbarkeit ausgeblendet, dass es sich hier um eine einer Steuer vergleichbaren Zusatzbelastung handelt, die Auswirkungen auf die Fähigkeit der Branche, in Innovationen zu investieren, hat. Der Hinweis darauf, dass die Zusatzkosten niedriger anfallen, als früher angenommen worden war, entbehrt jeder Überzeugungskraft, da es wohl kaum angeht, eine tatsächliche Belastung mit einer anderen – hypothetischen – Belastung zu vergleichen. Entscheidend ist die Rechtfertigung der tatsächlich durch das Gesetz bewirkten Belastung.

Der Hinweis auf § 9 Geldwäschegesetz, in dem keine Entschädigung vorgesehen ist, taugt nicht zur Rechtfertigung der Nichtregelung der Entschädigung im Gesetzentwurf. Es wäre nämlich bei einer Argumentation mit Hilfe eines Analogieschlusses zu prüfen, ob § 9 Geldwäschegesetz Ausdruck eines allgemeinen Rechtsprinzips ist oder ob es sich um eine – möglicherweise fehlerhafte – Ausnahme von dem Prinzip handelt, dass der Staat, wenn er für die Erfüllung staatlicher Aufgaben Private in Dienst nimmt, diese dafür voll zu entschädigen hat. Angesichts der überwiegenden Position in der Lehre und der eindeutigen verfassungsrechtlichen Rechtsprechung kann davon ausgegangen werden, dass das Prinzip bei der Indienstnahme Privater die Vollentschädigungspflicht ist. Also ist ein Analogieschluß aus § 9 Geldwäschegesetz nicht möglich.

Der Hinweis auf eine Entschädigung nach § 23 Abs. 1 Nr. 2 JVEG ist deshalb als Rechtfertigung des Verzichts auf eine weitergehende Entschädigung nicht geeignet, da für die Änderung des § 110 Abs. 9 TKG deshalb die Rechtsgrundlage für eine Änderung geschaffen worden war, weil Einigkeit darüber bestanden hat, dass die Regelungen des JVEG, die etwa Entschädigungen für Zeugen im Prozeß regeln, für die Informationsübermittlung von gespeicherten Daten in der Telekommunikation nicht passen. Der Sachverhalt unterscheidet sich so grundlegend, dass der Rückgriff auf das JVEG als temporäre

Notlösung betrachtet worden war, die es durch eine Neufassung von § 110 Abs. 9 zu beseitigen galt.

Es zeigt sich, dass die im Gesetzentwurf enthaltene Argumentation für einen Verzicht einer Entschädigungsregelung nicht stichhaltig ist. Insbesondere fehlt eine Auseinandersetzung mit dem verfassungsrechtlichen Prinzip einer Vollentschädigung in Fällen, in denen der Staat zur Erfüllung staatlicher Aufgaben Private in Dienst nimmt. Dieses verfassungsrechtliche Prinzip stützt sich auf Art. 14 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz. Es ist durch Lehre und Rechtsprechung bestätigt. Einzelne Positionen in der Literatur, die bei Weiterwälzungsmöglichkeit der in Frage stehenden Belastung eine Inpflichtnahme ohne Entschädigung für möglich halten, verkennen den Freiheitsgehalt der genannten Grundrechtspositionen. Folgte man dieser Mindermeinung, wären staatliche Eingriffe in verfassungsrechtlich verbürgte Freiheitspositionen grundsätzlich möglich und nur im Fall, dass es keine Möglichkeit der Weiterwälzung gibt, verboten. Das Bundesverfassungsgericht hat sich mit dieser Position ausdrücklich auseinandergesetzt und sie abgelehnt [BVerfGE 58, 137 (151 f.)]. Im Gesetzentwurf fehlt eine Auseinandersetzung mit diesem klaren verfassungsrechtlichen Prinzip einer erforderlichen Vollkompensation. Es werden neben dem Weiterwälzungsargument keine Argumente vorgebracht, die dafür sprechen könnten, dass im vorliegenden Fall von diesem Prinzip abzuweichen wäre. Das bedeutet, dass in der vorliegenden Form der Gesetzesfassung ein klarer Verfassungsbruch erfolgt.

Neben den Fehlern in der Argumentation im Gesetzentwurf und dem klaren Verstoß gegen geltendes Verfassungsrecht sind es auch wirtschaftliche Gründe, die gegen den Verzicht auf eine Entschädigung sprechen. Es wurden bereits die Gründe genannt, die gegen eine Prognose der vollen Überwälzbarkeit der Mehrkosten sprechen. Dazu kommt die Frage, wie die Nichtkompensation die deutsche Telekommunikationsbranche im internationalen Wettbewerb trifft. Jede zusätzliche Kostenbelastung der deutschen Branche schwächt deren internationale Wettbewerbsfähigkeit, wenn in anderen Ländern in Bezug auf die Entschädigung für die Mehraufwendungen im Bereich der Vorratsdatenspeicherung anders verfahren wird. Ländervergleiche – unter anderem in Stu-

dien des WIK - belegen, dass in einer Reihe von Mitgliedstaaten der Europäischen Union – etwa in Frankreich, Italien, Österreich, Schweden und dem Vereinigten Königreich – Entschädigungen in erheblichem Umfang geleistet werden. Das gilt auch für die Vereinigten Staaten von Amerika. In diesem Lichte stellt sich die geplante Nichtkompensation im deutschen Recht als ernstzunehmende Beeinträchtigung der deutschen Telekommunikationsunternehmen dar.

4. Fazit

In § 113 b Nr. 1 TKG-E besteht Konkretisierungsbedarf. Der Hinweis auf ‚Verfolgung von Straftaten‘ ist so weit, dass dies weder deutschen verfassungsrechtlichen noch gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben entspricht.

Der Verzicht auf eine Kompensationsregelung begegnet schweren verfassungsrechtlichen und wirtschaftlichen Bedenken. Die diesbezügliche Argumentation im Gesetzentwurf weist erhebliche Fehler auf. Es ist erforderlich, in § 110 Ab. 9 TKG eine Verpflichtung zur Vollkompensation aufzunehmen.