

Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung des
Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 12. März 2008

zum

Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Entschädigung von Telekommunikationsunternehmen für die Heranziehung im Rahmen der Strafverfolgung
(TKEntschNeuOG) - BT-Drucksache 16/7103

von

Dr. Ulrich Wehner
Rechtsanwalt
Uhlandstraße 6
D-10623 Berlin

Berlin, den 10.03.2008

I. Vorbemerkung und Zusammenfassung

Höhere Effizienz und größere Transparenz der Strafrechtspflege sind grundsätzlich im Interesse aller am Strafverfahren Beteiligten. Die von Telekommunikationsunternehmen Strafverfolgungsbehörden und Gerichten geforderte effiziente und unbürokratische Abrechnung von Entschädigungsleistungen für die Inanspruchnahme Dritter kommt letztlich auch den unmittelbar Verfahrensbeteiligten und damit auch den jeweiligen Beschuldigten zugute. Bei den Strafverfolgungsbehörden können Ressourcen freigesetzt werden, die bislang durch die im Rahmen von § 23 JVEG erforderliche Einzelfallprüfung der von den TK-Unternehmen für ihre Entschädigung in Ansatz gebrachten Aufwendungen gebunden werden.

Insofern ist das im Gesetzentwurf vorgesehene Pauschalentschädigungssystem – auch aus anwaltlicher Sicht und aus Sicht der von den Maßnahmen betroffenen Beschuldigten - zu begrüßen.

Die Prüfung und Berücksichtigung strafprozessualer Auswirkungen der im Gesetzentwurf enthaltenen Regelungen und deren systematische Einordnung gibt indessen Anlass zur Kritik:

Ausgangspunkt hierfür ist die unzureichende und der vom Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung (vom 21.12.2007, BGBl. I 2007, S. 3198) geschaffenen tatsächlichen und rechtlichen Lage nicht gerecht werdende Gesamtentschädigungsregelung, die weiterhin keine separate Berücksichtigung von Investitionskosten vorsieht. Die im Gesetzentwurf vorgesehene Regelung erweist sich als „Hybrid-Entschädigung“: Neben anlassbezogenen Entschädigungsleistungen enthält sie auch Entschädigungsleistungen für Investitionskosten und legt es für TK-Unternehmen jedenfalls nahe, die vorgeschlagene Neuregelung zur Amortisation von Investitionskosten zu nutzen (dazu II.).

Aus der vorgenannten, Investitionskosten nicht separat berücksichtigenden Entschädigungsregelung ergeben sich mit der bisherigen Systematik der strafprozessualen Regelungen über Verfahrenskosten nicht im Einklang stehende Rechtsfolgen für verurteilte Beschuldigte (dazu III.).

Die im Gesetzentwurf enthaltenen Regelungen zeitigen – wiederum aufgrund der unzureichenden „Hybrid-Entschädigung“ - Wirkungen, die außerhalb der Zielsetzung des Gesetzentwurfes liegen und der Rolle von TK-Unternehmen im Rahmen von strafprozessualen Maßnahmen nicht gerecht werden (dazu IV).

II. Systematik der Entschädigungsregelung nach dem Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung

Nach den Feststellungen der TK-Unternehmen bedingen die zuletzt durch das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung herbeigeführte quantitative und die qualitative Ausweitung der Telekommunikationsüberwachung Investitionskosten in erheblichem Umfang. So führte der BDI bereits in einer Stellungnahme vom 19.01.2007 zum Referentenentwurf für ein Gesetz zur Neuregelung der Tele-

kommunikationsüberwachung aus, dass insbesondere durch die neuen Speicherpflichten erhebliche Investitionskosten verursacht würden¹. Auch BITKOM konstatierte in einer Stellungnahme zum vorliegenden Gesetzentwurf vom 21.11.2007 „*immense Investitionskosten bei den Unternehmen*“ und bezifferte allein die aus der Vorratsdatenspeicherung resultierenden Sockel-Mehrbelastungen auf etwa 50-75 Millionen Euro². Der Branchenverband eco errechnete, dass allein die Internetwirtschaft zwischen 200 und 300 Millionen Euro für die Anschaffung von Hard- und Software zur Umsetzung zusätzlicher Speicher- und Mitwirkungspflichten aufbringen müsse³.

Der aufgetretene Investitionsbedarf wird soweit ersichtlich dem Grunde nach von keiner Seite bestritten. Auch laut Begründung zum Regierungsentwurf des Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung verursacht vor allem die Erfüllung der Speicherpflichten Investitionskosten für die betroffenen Unternehmen⁴.

Eine separate Entschädigungsregelung für entstandene Investitionskosten wurde hingegen in der Begründung des Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung abgelehnt⁵. Auch der vorliegende Gesetzesentwurf verzichtet darauf, Investitionskosten ausdrücklich zu berücksichtigen.

1. Auswirkungen des Gesetzesentwurfes auf Investitionskosten

Investitionskosten haben indessen sowohl im Rahmen der im vorliegenden Gesetzesentwurf zu Grunde gelegten Berechnungen als auch faktisch Eingang in den Gesetzesentwurf gefunden.

Die im Gesetzesentwurf vorgesehenen Erstattungsbeträge enthalten sowohl Entschädigungsleistungen für spezifische Tätigkeiten als auch für notwendige Investitionen. Der vorliegende Gesetzesentwurf ist ein Instrument zur Entschädigung einzelner anlassbezogener Aufwendungen und gleichzeitig auch zur Entschädigung der den TK-Unternehmen entstehenden Investitionskosten. Jedenfalls lassen sich die Regelungen des Gesetzesentwurfes für die Amortisation der getätigten Investitionen nutzen, was für die Unternehmen aus wirtschaftlicher Sicht auch geboten scheint.

a) Funktion des JVEG zur Entschädigung für Investitionskosten gesetzgeberisch intendiert

Anders als der vorliegende Gesetzesentwurf stellt der Regierungsentwurf des Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung ausdrücklich einen Zusammenhang zwischen den nunmehr vorgesehenen Entschädigungsleistungen durch eine Neufassung des JVEG und den bei den TK-Unternehmen für die Erfüllung ihrer Aufgaben im Rahmen der Strafverfolgung entstehenden Investitionsaufwen-

¹ www.bdi-online.de.

² www.bitkom.org/de/politik/43618_49242.aspx, Stellungnahme, S. 2.

³ www.heise.de/newsticker/meldung/96162 und www.heise.de/newsticker/meldung/98680).

⁴ BT-Drucksache 16/5846, S. 30.

⁵ BT-Drucksache 16/5846, S. 30.

dungen her: Der Verzicht auf eine ausdrückliche Entschädigungsregelung für Investitionskosten wird in der dortigen Gesetzesbegründung darauf gestützt, dass die Unternehmen nach dem in Überarbeitung befindlichen JVEG entschädigt würden⁶.

Die darüber hinausgehende Begründung, Aufwendungen zur Erfüllung von Speicherpflichten seien womöglich generell nicht erstattungsfähig, begegnet hingegen erheblichen verfassungsrechtlichen⁷.

Der vorliegende Gesetzesentwurf ist damit nach der ihm vom Gesetzgeber zugewiesenen Funktion auch ein Instrument zur Entschädigung von Unternehmen für aufgewendete Investitionskosten.

b) Entschädigung für Investitionskosten inhaltlich vorgesehen

Auch inhaltlich erweisen sich einzelne Regelungen des Gesetzesentwurfes unter anderem als Instrument zur Entschädigung von Investitionskosten. Dies ist jedenfalls bei den Entschädigungstatbeständen der Fall, bei denen die vorgesehenen Entschädigungssummen den tatsächlichen, einzelfallbezogenen Aufwand der TK-Unternehmen übersteigen:

Das Bayerische Staatsministerium der Justiz zeigt - in einer soweit ersichtlich unveröffentlichten - Stellungnahme beispielsweise auf, dass die im vorliegenden Gesetzesentwurf vorgesehene Entschädigung für die Mitteilung von IP-Adressen den tatsächlichen Aufwand um ein Vielfaches übersteigen dürfte. So setzten die TK-Unternehmen gegenwärtig für die Mitteilung von 30 IP-Adressen einen Arbeitsaufwand von zwei Stunden an und berechneten einen Betrag von 37,69 Euro. Demgegenüber ergäbe sich für dieselbe Leistung nach der im Gesetzesentwurf enthaltenen Kostenummer 300 ein Entschädigungsbetrag in Höhe von 900,- Euro.

Auch verschiedene nach dem Gesetzesentwurf zu erstattende Leitungskosten sollen offenbar über dem marktüblichen Tarif und damit über den bei den TK-Unternehmen tatsächlich anfallenden Kosten liegen. Beispielsweise übersteigt der in Nr. 102 vorgesehene Betrag für Leistungskosten bei der Übermittlung zu überwachender Telekommunikation in Höhe von 75,- Euro erkennbar den für entsprechende „Flatrates“ am Markt aufzubringenden Preis.

c) Gesetzesentwurf schafft Amortisationsmöglichkeit für Investitionskosten

Schließlich besteht die Möglichkeit, auf Grundlage des Gesetzesentwurfes über den einzelfallbezogenen Aufwand hinaus Investitionskosten zu amortisieren. Diese Möglichkeit ist unternehmensseitig bereits festgestellt worden und dürfte im übrigen auch betriebswirtschaftlich indiziert sein:

Der BDI betrachtete von vornherein ausweislich der bereits erwähnten Stellungnahme vom 19.01.2007 zum Referentenentwurf für ein Gesetz zur Neuregelung der Te-

⁶ BT-Drucksache 16/5846, S. 30.

⁷ vgl. VG Berlin, Beschluss vom 08.11.2007 – Az. 27 A 315.07; von *Hammerstein*, Kostentragung für staatliche Überwachungsmaßnahmen nach der TKG-Novelle, in: MMR 2002, S. 222ff.

telekommunikationsüberwachung die Neuregelung der Entschädigungsleistungen im Rahmen des JVEG als Möglichkeit, sowohl Investitions- als auch Betriebsaufwendungen entschädigt zu erhalten⁸.

BITKOM hat in der erwähnten Stellungnahme vom 21. November 2007 sein Augenmerk auf die Möglichkeit gelegt, den vorliegenden Gesetzesentwurf als Instrument zur Amortisation notwendiger Investitionskosten zu nutzen⁹. Dabei wird zwar ausgeführt, bei reinen Geschäftskundendienstleistern mit einem erfahrungsgemäß sehr geringen Anfall an Auskunftersuchen werde es zu einer Amortisation der Investitionen oder einem Ersatz der laufenden Kosten nicht kommen. Jedoch zeigt diese Feststellung, dass eine Amortisation der Investitionskosten über die geplanten Neuregelungen des JVEG – mangels anderweitiger Möglichkeiten betriebswirtschaftlich vollkommen einleuchtend – zumindest angestrebt wird. Ferner legt die Feststellung, für reine Geschäftskundenanbieter sei eine Amortisation weitgehend ausgeschlossen, den Umkehrschluss nahe, dass für Privatkundenanbieter zumal mit einem hohen Anfrageaufkommen eine Amortisation durchaus möglich ist.

2. „Hybrid-Entschädigungslösung“

Zusammengefasst erweist sich die im Gesetzesentwurf enthaltene Regelung damit als „Hybrid-Entschädigung“: Wie gezeigt, ist erstens aus gesetzgeberischer Sicht ausweislich der Begründung zum Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung, zweitens vom Regelungsinhalt und drittens nach der zu erwartenden Anwendungspraxis der TK-Unternehmen durch die vorgesehenen Regelungen jedenfalls auch eine Entschädigungsleistung für Investitionskosten und andere laufende Kosten zusätzlich zu den anlassbezogenen Aufwendungen zu erwarten.

III. Strafprozessuale Auswirkungen

Mit der zuvor getroffenen Feststellung einer im Gesetzesentwurf vorgesehenen „Hybrid-Entschädigung“ ist für sich genommen keine Bewertung der Regelung verbunden. Ob und inwieweit TK-Unternehmen auch für Investitionsaufwendungen im Hinblick auf Leistungen bei der Überwachung der Telekommunikation und der Auskunftserteilung für Zwecke der Strafverfolgung zu entschädigen sind, ist keine rechtliche oder gar strafprozessuale Frage und kann und soll dementsprechend im Rahmen dieser Stellungnahme nicht behandelt werden.

Die teilweise Unterbringung von Entschädigungsleistungen für Investitionen in den im Gesetzesentwurf vorgesehenen einzelfallbezogenen Entschädigungstatbeständen hätte indessen nach geltendem Recht eine strafprozessual systemwidrige und aus Beschuldigtensicht nicht hinnehmbare Rechtsfolge: Ein Teil der Investitionskosten würde über die vorgesehene Regelung auf verurteilte Angeklagte abgewälzt.

⁸ www.bdi-online.de; Stellungnahme S. 5.

⁹ www.bitkom.org/de/politik/43618_49242.aspx; S. 5.

1. Strafprozessualer Mechanismus der Abwälzung von Investitionskosten

Die Abwälzung eines Teils der Investitionskosten auf Verurteilte ergibt sich aus den einschlägigen strafprozessualen Regelungen zum Umgang mit den Kosten des Strafverfahrens:

Die Kosten des Strafverfahrens hat grundsätzlich der verurteilte Angeklagte zu tragen¹⁰. Zu den vom Verurteilten zu tragenden Kosten des Verfahrens gehören auch die im Ermittlungsverfahren anfallenden Kosten etwa für die Telefonüberwachung¹¹. Nach dem Gesetzesentwurf enthalten die anfallenden Kosten für die Telefonüberwachung, wie dargelegt, neben der anlassbezogenen Aufwandsentschädigung auch einen Anteil zur Entschädigung für aufgewendete Investitionsleistungen.

Damit können nicht nur, wie die Begründung des Gesetzesentwurfes unter Lit. A, Ziff. V 2 insoweit zutreffend feststellt, höhere Kostenforderungen auf verurteilte Straftäter zukommen; vielmehr kommen auf verurteilte Straftäter auch in qualitativer Hinsicht neue Kostenforderungen zu, nämlich ein Teil der für Investitionen getätigten Aufwendungen.

2. Unvereinbarkeit mit dem Veranlassungsprinzip

Die Auferlegung von Investitionskosten widerspricht dem auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für die Auferlegung der Kosten eines Strafverfahrens geltenden Veranlassungsprinzip. Grund für die Kostentragungspflicht in Strafsachen ist danach,

„dass der Verurteilte durch sein Verhalten Anlass gegeben hat, dass das - Kosten verursachende - Gerichtsverfahren durchgeführt werden musste.“¹²

Eine derartige Veranlassung der *Investitionskosten* durch den Verurteilten ist indessen selbst unter dem Gesichtspunkt der Äquivalenztheorie nicht gegeben: Die Investitionen in die Sicherheitsinfrastruktur wurden – anders als unter Umständen die konkreten Maßnahmen – jedenfalls nicht vom Verurteilten verursacht.

Eine letztlich erfolgende Abwälzung von Investitionskosten auf einzelne Verurteilte wäre dementsprechend mit der Gesetzessystematik und mit dem Veranlassungsprinzip nicht vereinbar.

¹⁰ § 465 Abs. 1 S. 1 StPO: *Die Kosten des Verfahrens hat der Angeklagte insoweit zu tragen, als sie durch das Verfahren wegen einer Tat entstanden sind, wegen derer er verurteilt oder eine Maßregel der Besserung und Sicherung gegen ihn angeordnet wird.*

¹¹ § 464a Abs. 1 S. 2 StPO: *Zu den Kosten gehören auch die durch die Vorbereitung der öffentlichen Klage entstandenen sowie die Kosten der Vollstreckung einer Rechtsfolge der Tat.* – Die obergerichtliche Rechtsprechung zählt hierzu unwidersprochen auch die Kosten für die Telefonüberwachung, vgl. Nachweise bei Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 50. Auflage 2007, § 464a, Rdnr. 2.

¹² BVerfGE 18, 302/304.

3. Anregung

Wünschenswert ist eine Entschädigungslösung, die dem Verurteilten die Verfahrenskosten im Einklang mit der geltenden Systematik auferlegt, dementsprechend auf die von ihm veranlassten Verfahrenskosten beschränkt bleibt und keine Investitionskosten auf ihn abwälzt.

Eine dem gerecht werdende Alternativlösung wäre etwa eine von vornherein separate Entschädigungslösung für anlassbezogene Aufwendungen einerseits und Investitionsaufwendungen andererseits. Ebenso ließe sich die prozessual systemwidrige Abwälzung von Investitionskosten auf Verurteilte dadurch erreichen, dass strafprozessual – etwa im Rahmen von § 464a StPO – geregelt wird, dass ein Verurteilter nur die tatsächlich anlassbezogenen für eine bestimmte Ermittlungsmaßnahme entstandenen Kosten als Verfahrenskosten zu tragen hat.

IV. Verschiebung der Interessenlage

Die mit dem Gesetzesentwurf geschaffene und aus Unternehmenssicht naheliegende Möglichkeit, eine zumindest teilweise Amortisation zuvor getätigter Investitionen zu erzielen, verschiebt die Stellung und Rolle der TK-Unternehmen im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren. Sie senkt die Prüfungsmotivation der TK-Unternehmen gegenüber Anordnungen der Ermittlungsbehörden und steigert die Motivation, derartige Anordnungen in möglichst großer Zahl auszuführen.

1. Derzeitige Rolle der TK-Unternehmen im Ermittlungsverfahren

Wie der Gesetzesentwurf mit der vorgesehenen Beibehaltung der Überschrift „Entschädigung Dritter“ in § 23 JVEG n.F. formal zutreffend verdeutlicht, handelt es sich bei den für Ermittlungstätigkeiten herangezogenen TK-Unternehmen strafprozessual betrachtet um Dritte.

Systematisch und rechtstatsächlich betrachtet stehen Dritte im Strafverfahren weder auf Seiten der Ermittlungsbehörden und Gerichte noch auf Seiten der Beschuldigten.

Dementsprechend ergeben sich Rolle, Interessenlage und Pflichtenstellung der TK-Unternehmen im Zusammenhang strafrechtlichen Ermittlungsmaßnahmen aus dem Zusammenspiel ihrer gesetzlich statuierten Pflichten auf der einen Seite sowie ihren von Ermittlungsmaßnahmen unabhängigen wirtschaftlichen Interessen, einschließlich der von ihnen dabei wiederum zu befriedigenden Kundeninteressen auf der anderen Seite.

Im Hinblick auf die hier gegenständliche Heranziehung für Zwecke der Strafverfolgung ergibt sich die Pflichtenstellung der TK-Unternehmen im wesentlichen aus den durch das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung modifizierten Vorschriften der StPO und des TKG.

Daneben verdeutlicht die Erfahrung zahlreicher Ermittlungsverfahren spezifische kundenorientierte Interessen der TK-Unternehmen. Diese machen sich gerade die Interessen ihrer Kunden am Schutz von deren persönlichen Daten zu eigen. Dem-

entsprechend finden sich in Ermittlungsakten durchgängig Beispielsfälle, in denen die TK-Unternehmen die gesetzlichen Voraussetzungen für strafprozessuale Anfragen der Ermittlungsbehörden selbständig prüfen. Zahlreich sind dabei die Fälle, in denen die TK-Unternehmen von sich aus die Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen einfordern, wenn diese nicht vorliegen, weil beispielsweise ein für die fragliche Maßnahme erforderlicher richterlicher Beschluss fehlt.

Spiegelbildlich hierzu antizipierten bereits die Anfragen der Ermittlungsbehörden dieses Prüfungsverhalten der TK-Unternehmen. Standardmäßig heißt es beispielsweise in Anfragen des Berliner LKA an Internet-Provider nach Bestandsdaten gemäß §§ 113 TKG, 14, 15 TMG: *„Falls Sie für diese Auskunft einen Beschluss für erforderlich halten, wird um eine möglichst kurzfristige Nachricht gebeten.“*

2. Abweichende Rolle der TK-Unternehmen vorgesehen

Die aufgezeigte Rollenverteilung wird in der Begründung des Gesetzesentwurfes zunächst jedenfalls in terminologischer Hinsicht verkannt, indem die *„Telekommunikationsunternehmen als Ermittlungshelfer der Strafverfolgungsbehörden“* klassifiziert werden.

Neben dieser terminologischen, die Rolle und Stellung der Unternehmen hingegen nicht direkt berührenden Verschiebung, führen die vorgesehenen Regelungen indes auch eine praktisch relevante Rollen- und Interessenverschiebung bei den TK-Unternehmen herbei: Bedingt durch die vorgesehene „Hybrid-Entschädigung“ tritt zu der gegenwärtig bestehenden Pflichtenstellung der Unternehmen, den wirtschaftlichen Interessen am Unternehmenserfolg und dem Interesse, im Sinne ihrer Kunden zu handeln, ein zusätzliches unternehmerisches Interesse: Nach den vorgeschlagenen Regelungen haben TK-Unternehmen im Zusammenhang mit der Heranziehung für Ermittlungstätigkeiten das wirtschaftliche Interesse an einer möglichst weitgehenden Amortisation ihrer zuvor getätigten Investitionen zu beachten. Bei rein betriebswirtschaftlicher Betrachtung ist es dabei für das Unternehmen geboten, eine möglichst große Zahl von entschädigungspflichtigen Maßnahmen auf Anforderung der Ermittlungsbehörden vorzunehmen.

3. Neue Rolle und Interessenlage für TK-Unternehmen

Der vorliegende Gesetzesentwurf verschiebt daher die Interessenlage auf Seiten der Unternehmen im Fall von strafprozessualen Anfragen zugunsten der Befürwortung und Ausführung derartiger Maßnahmen: Die bisherige Situation beinhaltete das Interesse der Unternehmen an eigener Gesetzestreue auf der einen Seite und die allgemeine wirtschaftliche Interessen und Kundeninteressen auf der anderen Seite. Bei Annahme des Gesetzesentwurfes träte zugunsten der Vornahme angefragter Maßnahmen zusätzlich ein wirtschaftliches Amortisationsinteresse. Diese mit dem Gesetzesentwurf eintretenden Verschiebung der Interessenlage würde bei den betroffenen Unternehmen die Ausdehnung der Überwachung aus wirtschaftlichen Gründen und dementsprechend einen Rückgang der im Interesse ihrer Kunden derzeit bestehenden Prüfungsmotivation bewirken.

4. Anregung

Auch um die aufgezeigte Rollenverschiebung zu vermeiden, bietet sich als Alternative zum vorliegenden Gesetzesentwurf die separate Regelung von Entschädigungsleistungen für vorangegangene Investitionen einerseits und eine strikt anlassbezogene Entschädigung für die Inanspruchnahme der Unternehmen im Einzelfall andererseits an.