



**TK-Entschädigungs-NeuOG (BT-Drs. 16/7103)
Stellungnahme der BT (Germany) GmbH & Co. oHG**

München, 09.03.2008

Die BT (Germany) GmbH & Co. oHG (nachstehend: BT Germany) ist eine Tochtergesellschaft der British Telecommunications plc., London, Großbritannien, und damit Teil eines der größten Telekommunikationsunternehmens der Welt.

Als Teil der Geschäftskundensparte BT Global Services bietet die BT Germany in Deutschland hochspezialisierte Networked-IT-Lösungen und wendet sich mit diesem Angebot an große Unternehmen und Behörden.

Zu den Kunden von BT Germany gehören privatrechtlich organisierte Unternehmen wie insbesondere Banken, Versicherungen, Automobilproduzenten und große Einzelhändler, aber auch öffentlich-rechtliche Einrichtungen wie Behörden und Bundesländer.

Die weltweiten Dienste von BT unterstützen die deutsche Industrie mit der Kommunikationsinfrastruktur, die nötig ist, um in einer zunehmend stärker globalisierten Wirtschaft global agieren zu können.

BT (Germany) dankt dem Rechtsausschuss für die Gelegenheit, zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Entschädigung von Telekommunikationsunternehmen für die Heranziehung im Rahmen der Strafverfolgung (TK-Entschädigungs-Neuordnungsgesetz – TKEntschNeuOG, BT-Drs.16/7103) Stellung zu nehmen.

...

Felix Müller
Leiter Regulierung
Telefon +49 89 2600 1740
Telefax +49 89 2600 1709
E-Mail felix.mueller@bt.com
www.bt.com/de

BT (Germany) GmbH & Co oHG
Barthstrasse 22, 80339 München
Sitz und Registergericht
München, HRA 77639
USt-ID: DE 813121512
WEEE-Reg.-Nr. DE26256674

Persönlich haftende
Gesellschafterin der oHG:
BT Deutschland GmbH
Sitz und Registergericht
München, HRB 132307

Geschäftsführung:
Jan Geldmacher,
Joachim Piroth, Ad van der Meys,
Stefan Hischer, Chris Halbard,
Judith Sasse



Übersicht

Der Entwurf des TKEntschNeuOG ist aus Sicht von BT Germany in seiner derzeitigen Form abzulehnen. Er begegnet erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken.

- Die Verpflichtung zur Vorratsdatenspeicherung trifft unterschiedslos alle Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit, unabhängig davon, ob sie viele oder wenige Kunden haben. Dementsprechend treffen auch die Kosten der Vorratsdatenspeicherung unterschiedslos alle Anbieter. Der Kostenschwerpunkt liegt hierbei auf Systemänderungen (Hardwareänderungen und Programmierarbeiten), weniger auf Speicherplatz. Demzufolge ist der **Kostensockel im wesentlichen konstant**, ohne dass nennenswerte Skaleneffekte einträten (**dazu sogleich I.**)
- Mit der Verpflichtung zur Vorratsdatenspeicherung aus § 113a TKG nimmt der Gesetzgeber Private für eine originär hoheitliche Aufgabe in Anspruch (Sonderopfer). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts müssen derartige Eigentumsbindungen stets verhältnismäßig sein (ständige Rspr., BVerfGE 53, 257 [292]). **Diese Anforderungen verfehlt der Entwurf** zum TKEntschNeuOG, und zwar sowohl von seiner Systematik als auch von der Höhe der Entschädigungen her. Denn in einer Vielzahl von Fällen werden Anbieter von der Verpflichtung zur Vorratsdatenspeicherung und dem oben beschriebenen konstanten Kostensockel voll getroffen, ohne aber nennenswerten Datenabfragen ausgesetzt zu sein und ohne jemals auch nur irgendeine Entschädigung zu erhalten (**dazu unten Abschnitt II.**)
- Will man in dieser Situation vermeiden, dass die Vorratsdatenspeicherung insgesamt dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit anheim fällt, weil der Gesetzgeber es versäumt, eine angemessene Entschädigungsregelung zu schaffen, so nur **zwei Lösungsansätze denkbar**: Entweder § 113a TKG wird durch sog. „Härtefallausnahmen“ dahingehend eingeschränkt, dass Kleinanbieter von der Verpflichtung zur Vorratsdatenspeicherung ausgenommen werden, oder der Gesetzgeber schafft im Rahmen des TKEntschNeuOG eine Regelung für die Erstattung der Vorhaltekosten (**dazu unten Abschnitt III.**)



I. Kosten der Vorratsdatenspeicherung – worum geht es?

§ 113a TKG zwingt ausnahmslos alle Anbieter von Telekommunikationsdiensten für Endnutzer dazu, **technische und organisatorische Vorkehrungen** zur Implementierung der Vorratsdatenspeicherung zu treffen. Die vom Verpflichteten auf der technischen Seite zu treffenden Vorkehrungen umfassen im Wesentlichen drei unterschiedliche Teilprojekte.

- **Kostenblock 1: Systeme zur Ausleitung der Daten ertüchtigen.** Die existierenden Datenverarbeitungsanlagen müssen so modifiziert werden, dass die in § 113a Abs. 2 TKG genannten Verkehrsdaten ausgeleitet werden können. Dies verlangt insbesondere Programmierarbeiten an bereits im Betrieb befindlichen Systemen, denn diese müssen so umprogrammiert werden, dass sie zukünftig Daten ausleiten, welche in der Vergangenheit nach Benutzung verworfen wurden.

Beispiel: Wer als Anbieter auf seinem Server einen Email-Dienst betreibt, musste in der Vergangenheit die Email-Header (Adressinformationen) nur zum Zwecke der Zuordnung der Mail zu einem Empfänger auswerten; danach waren die Daten irrelevant. Die Einführung der Vorratsdatenspeicherung zwingt nun dazu, den Email-Dienst so umzuprogrammieren, dass die bislang nach Ende des Datenverarbeitungsvorgangs verworfenen Daten nunmehr in den Datenpool zur Vorratsdatenspeicherung geschoben werden.

- **Kostenblock 2: Hardware zur Speicherung anschaffen und vorhalten.** Sind die Programmierarbeiten abgeschlossen und können die Daten somit ausgeleitet werden, dann müssen die Daten gespeichert werden. Hierfür müssen die Unternehmen Hardware anschaffen und vorhalten (Speicherplatz).
- **Kostenblock 3: Organisatorische Vorkehrungen treffen.** Die organisatorischen Vorkehrungen beinhalten das Bereithalten von Personal und Anlagen, um Auskünfte unverzüglich im Sinne des § 113a Abs. 9 TKG erteilen zu können.

Falsch ist die verschiedentlich im politischen Raum geäußerte Behauptung, jedenfalls die Kostenblöcke 1 und 2 würden in Wahrheit gar nicht anfallen, weil alle Anbieter doch ohnehin regelmäßig ihre Systeme aktualisierten (**„Ihr-wollt-Euch-doch-nur-bereichern“-Argument**). Denn „Systemaktualisierungen“ vollziehen sich nie über die gesamte Produktivplattform und das gesamte Produktportfolio, sondern immer nur stückweise und entsprechend der betrieblichen und finanziellen Notwendigkeiten. Die Erfahrung zeigt, dass ein System erst aktualisiert wird, wenn es bilanziell abgeschrieben und am Ende seines Lebenszyklus angekommen ist. Das kann, je nach System, zwischen drei und zehn Jahren dauern. Indes zwingt § 113a TKG die Unternehmen dazu, von einem Tag auf den anderen Vorratsdatenspeicherung zu implementieren. Der Anbieter darf also (Ordnungswidrigkeit!) nicht zuwarten, bis die Systeme „ohnehin ausgetauscht“ werden, sondern muss bereits heute aktiv Änderungen an den Bestandssystemen vornehmen, um der gesetzlichen Pflicht zu genügen. Das kann im Einzelfall so weit gehen, dass ein Programmierer aus dem Ruhestand zurückgeholt wird, der als einziger die bei der Anschaffung des Bestandssystems verwendete Programmiersprache noch beherrscht.



Die Kosten der Implementierung folgen notwendigerweise in ihrer Struktur den genannten technischen und organisatorischen Maßnahmen – es fallen also Kosten dafür an, das Ausleiten der Daten zu ermöglichen, weiterhin Anschaffungs- und Vorhaltekosten für die Hardware und schlussendlich Personal- und Sachkosten für die Auskunftserteilung. **Kostenschwerpunkt** sind insoweit nach den zwischenzeitlich vorliegenden Einschätzungen der Fachabteilungen von BT die Programmierarbeiten und den Vorkehrungen zur unverzüglichen Auskunftserteilung. Der reine Speicherplatz ist im Verhältnis dazu hingegen ein nachrangiger Kostenfaktor.

Vor dem Hintergrund dieser Kostenstruktur **skalieren die Kosten kaum**: Der Aufwand bei einem Unternehmen mit wenigen tausend Kunden ist nur unwesentlich geringer als der Aufwand für ein Unternehmen mit zehn Millionen Kunden, denn jeder Anbieter (ob groß ob klein) muss zunächst die Ausleitung in seinen Systemen ermöglichen (konstanter Kostensockel). Da die Vorratsdatenspeicherung in unterschiedliche existierende Produktionssysteme eingreift, steigen Kosten der Implementierung mit der Anzahl der Produkte im Portfolio und der Anzahl der betroffenen Produktionssysteme – wer Sprachtelefondienst, Email und mobile Dienste anbietet, hat einen größeren Aufwand als ein Einproduktunternehmen.

II. Vorgeschlagene Kostenerstattungsregelung „pro Abfrage“ verfassungsrechtlich nicht haltbar und Gefahr für Vorratsdatenspeicherung als solche

Die vorgeschlagene Kostenerstattungsregelung „pro Abfrage“ ist vor diesem Hintergrund **verfassungsrechtlich nicht haltbar**.

1. Mit der Verpflichtung zur Vorratsdatenspeicherung aus § 113a TKG nimmt der Gesetzgeber Private für eine originär hoheitliche Aufgabe in Anspruch. Die Verpflichtung zur Vorhaltung einer Infrastruktur zur Ermöglichung der Durchführung staatlicher Überwachungsmaßnahmen auf eigene Kosten – und um nichts anderes handelt es sich hier – stellt **eine Indienstnahme Privater für hoheitliche Zwecke** dar (vgl. BVerfGE, 30, 292 [311 ff.]; *Hammerstein*, MMR 2004, S. 222 [223]).

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts müssen derartige **Eigentumsbindungen stets verhältnismäßig sein**; sie dürfen, gemessen am sozialen Bezug des Eigentumsobjekts sowie im Blick auf den Regelungszweck nicht zu einer übermäßigen Belastung führen und den Eigentümer im vermögensrechtlichen Bereich unzumutbar treffen (ständige Rspr., BVerfGE 53, 257 [292]).

Auch sieht das Bundesverfassungsgericht in der Inpflichtnahme Privater einen Eingriff in die nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützte **Berufsausübungsfreiheit**, welcher der strikten Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unterliegt (vgl. BVerfGE 30, 292 [313]; 68, 155 [170]; *Kleszczewski*, in: *Säcker*, Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, 2006, § 110 Rn. 22 m.w.N.).



2. Diesem strengen Maßstab wird der Gesetzentwurf zum TKEntschNeuOG mit seiner **Kostenerstattung „pro Abfrage“** nicht gerecht.

Die Verpflichtungen aus § 113a TKG in ihrer Ausprägung durch die vorgenannten Teilprojekte treffen **unterschiedslos alle Anbieter** von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten, und zwar unabhängig von der Anzahl der Kunden, den Geschäftsmodellen und den angebotenen Diensten – entscheidend ist allein, dass irgendwo in den vom Anbieter benutzten Systemen die in § 113a TKG genannten Datentypen auftauchen.

Damit fallen die **Vorhaltekosten unabhängig von der Anzahl der Abfragen** an. Telekommunikationsunternehmen, die wie BT ausschließlich Unternehmenskunden und Behörden adressieren, haben jedoch im Rahmen der Vorratsdatenspeicherung **keine relevanten Abfragezahlen** zu erwarten. Denn diese Kunden begehen typischerweise keine Straftaten, die tatbestandlich in nennenswertem Umfang eine Auskunftspflicht zu vorratsgespeicherten Daten begründen würden.

Diese Erwartung wird gestützt durch die bei BT und anderen Geschäftskundenanbietern seit 1998 gesammelten **Erfahrungen im Bereich der Telekommunikationsüberwachung** (also beim Abhören von Telefongesprächen): Hier trifft die Anbieter nach § 110 Abs. 1 TKG eine Verpflichtung zum Vorhalten von Anlagen zur Telekommunikationsüberwachung. Diese verursacht bei einem Anbieter wie BT Germany jährlich Kosten um die 200.000 EUR; die Anzahl der Überwachungsanordnungen pro Jahr liegt hingegen zwischen 0 und 2 (sic!), wobei in dieser verschwindend geringen Zahl von Überwachungsanordnungen auch noch Irrläufer enthalten sind.

3. Den immensen Vorhaltekosten steht keinerlei relevanter Sicherheitsgewinn für die Öffentlichkeit gegenüber, mithin fehlt es an der vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung geforderten **Verhältnismäßigkeit der Inanspruchnahme privaten Eigentums**.

Bezweifelt man mit einem weiten Teil der Lehre und der Literatur die Verfassungsmäßigkeit der Vorratsdatenspeicherung insgesamt, so folgt die Unverhältnismäßigkeit der Inanspruchnahme schon daraus, dass dem Anbieter entschädigungslos erhebliche Lasten zur technischen Realisierung der Vorratsdatenspeicherung aufgebürdet werden, obwohl die vom Gesetzgeber bezweckte anlassunabhängige Datenspeicherung unverdächtigter Personen ihrerseits verfassungswidrig ist und damit keinen aner kennenswerten Gemeinwohlzweck zur Begründung der Berufsausübungsregelung bzw. der Eigentumsbeschränkung der Klägerin darstellt.

Dessen ungeachtet wäre die entschädigungslose Vorratsdatenspeicherung einem **Anbieter von Lösungen für Unternehmenskunden und Behörden** wie BT gegenüber aber auch deshalb unangemessen, unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig, weil den erheblichen Investitionen Datenabfragen nur in einem äußerst geringen Umfang gegenüberstehen, so dass kein nennenswertes öffentliches Interesse an der Speicherungsverpflichtung bei diesen Anbietern besteht.



4. Die Gefahr, dass die Vorratsdatenspeicherung insgesamt dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit allein deshalb anheim fällt, weil der Gesetzgeber es versäumt, für die Inanspruchnahme Privater eine Entschädigungsregelung zu schaffen, die auch die Vorhaltekosten umfasst, ist nicht theoretisch, sondern ein **reales und unmittelbares Szenario**.

So hat etwa das Verwaltungsgericht Berlin mit rechtskräftigem (!) Beschluss zu Aktenzeichen 27 A 315.07 in einer mit dem vorliegenden Fall vergleichbaren Konstellation entschieden, dass die Verpflichtung eines Privaten zur Vorhaltung von Anlagen zur Überwachung des Telekommunikationsverkehrs auszusetzen ist, wenn hierfür keine angemessene Entschädigungsregelung besteht, die auch die Investitionskosten umfasst. Diesem **Fall ist das hiesige Szenario vergleichbar**.

In dem vom Verwaltungsgericht entschiedenen Verfahren war ein Telekommunikationsunternehmen durch eine gesetzliche Regelung verpflichtet worden, die staatliche Aufgabe der **Auslandskopfüberwachung** auf eigene Kosten zu erfüllen, ohne dass hierfür eine Entschädigung der Vorhaltekosten vorgesehen gewesen wäre. Das Gericht entschied, dass die vorgesehene Verpflichtung der Antragstellerin zur Errichtung und Vorhaltung von Überwachungstechnik auf eigene Kosten zur Verwirklichung der genuin staatlichen Aufgabe der Ermittlungstätigkeit eine entschädigungspflichtige Aufopferung darstelle. Würde der Investitionsaufwand hierfür nicht angemessen entschädigt, so sei die Verpflichtung unwirksam.

Nichts **anderes gilt im vorliegenden Fall gelten**, wo Industrie ebenfalls durch eine gesetzliche Regelung (§ 113 a TKG) verpflichtet wird, die Vorratsdatenspeicherung durchzuführen, die ihrerseits der Erfüllung genuin staatlicher Aufgaben der Ermittlung von schweren Straftaten dienen soll.

Damit steht die Vorratsdatenspeicherung insgesamt zur Disposition, falls der Gesetzgeber es versäumt, eine angemessene Entschädigungsregelung zu schaffen, die auch die Vorhaltekosten umfasst.

Es bestehen wenig Zweifel, dass § 113a TKG in Verbindung mit dem hier diskutierten Entwurf eines TKEntschNeuOG dasselbe Schicksal erleiden wird, wenn die Kostenerstattungsregelung unzulänglich bleibt. Dies kann nicht im Sinne des Rechtsausschusses des deutschen Bundestags sein.



III. Denkbare Lösungsansätze: Härtefallausnahmen oder Entschädigung der Vorhaltekosten

Will der Gesetzgeber der Industrie in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise zur Vorhaltung der Vorratsdatenspeicherung verpflichten, so muss er diese auch für die Kosten der Vorhaltung entschädigen. Will der Gesetzgeber das Verdikt der Verfassungswidrigkeit vermeiden, gibt es mit-hin nur **zwei Möglichkeiten**:

- Entweder der Umfang der Vorratsdatenspeicherung wird entsprechend dem sog. britischen Modell dahingehend reduziert, dass nur noch die großen Anbieter verpflichtet sind, bei denen die Sicherheitsbehörden dies für konkret sinnvoll halten (**Härtefallausnahmen – „Vorratsdaten light“**). Diese Anbieter sind über die zu erwartenden großen Abfragezahlen angemessen entschädigt.
- Oder der Gesetzentwurf zum TKEntschNeuOG wird dahingehend modifiziert, dass er diejenigen Anbieter, die keine relevanten Abfragezahlen zu erwarten haben, angemessen für die Vorhaltekosten entschädigt – was bedeutet, das Modell „Entschädigung pro Abfrage“ um ein Modell **„Entschädigungen für Vorhaltekosten unabhängig von den Abfragezahlen“** zu erweitern. Denkbar wäre insoweit eine Regelung zur Erstattung der Vorhaltekosten ergänzt werden, die eingreift, wenn und soweit hinreichende Einzelfallentschädigungen ansonsten nicht zu erwarten stehen.

Hinzuweisen ist darauf, dass dem Gesetzgeber insoweit ein Ermessensspielraum zusteht. Denn das Gemeinschaftsrecht (und dort die Richtlinie 2006/24/EG) gebietet nicht, bei der Umsetzung der Vorratsdatenspeicherung in nationales Recht keine Investitionsentschädigungsregelung vorzusehen. Vielmehr hat der nationale Gesetzgeber bei der Frage der Investitionskostenentschädigungsregelung **einen vom Gemeinschaftsrecht unbeschränkten Gestaltungsspielraum**, bei dessen Ausfüllung er die Gebote des nationalen Verfassungsrechts zu beachten hat. Insoweit führt das Unterlassen der Einführung einer angemessenen Entschädigungsregelung im konkreten Falle der Geschäftskundenanbieter und vergleichbarer Unternehmen zu einer unverhältnismäßigen und daher verfassungswidrigen Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit.
