



Prof. Dr. Kyrill-A. Schwarz, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg

97070 Würzburg  
Domerschulstraße 16  
Telefon: (0931) 31-8 82335  
E-Mail: Kyrill-alexander.schwarz@uni-wuerzburg.de  
Sekretariat: Renate Ludwig  
E-Mail: renete.ludwig@uni-wuerzburg.de

**Deutscher Bundestag**  
Innenausschuss

Ausschussdrucksache  
17(4)680 B

Würzburg, den 7.3.2013

**Sachverständige Stellungnahme zu dem  
Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes  
und zur Neuregelung der Bestandsdatenauskunft vom 9.1.2013  
(BT-Drs. 17/12034)**

**I. Ausgangssituation**

Mit Beschluss vom 24. Januar 2012 hat das Bundesverfassungsgericht die gegen die gesetzlichen Bestimmungen des Telekommunikationsgesetzes (TKG) zur Speicherung und Verwendung von Telekommunikationsdaten nur in Teilen stattgegeben und festgestellt, dass die angegriffenen Regelungen, soweit sie den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügen, bis längsten Ende Juni 2013 angewendet werden dürfen.

*BVerfG, NJW 2012, 1419 ff.*

Das Bundesverfassungsgericht hat zum sog. manuellen Auskunftsverfahren festgestellt, dass die entsprechenden Vorschriften unter Beachtung zweier Prämissen in verfassungskonformer Auslegung mit dem Grundgesetz vereinbar sind. Zum einen bedarf der Abruf der Daten einer qualifizierten Rechtsgrundlage, die selbst normenklar eine Auskunftspflicht der Telekommunikationsunternehmen normenklar begründet. Zum anderen dürfe die Vorschrift gerade in Ermangelung einer normenklaren Regelung für den hier in Rede stehenden Eingriff in Art. 10 GG keine Anwendung bei der Zuordnung dynamischer Internetprotokoll-Adressen finden. Zudem sei der in § 113 Abs. 1 Satz 2 TKG unabhängig von den Voraussetzungen von deren Nutzung zugelassene Zugriff auf Zugangssicherungs-codes in der gegenwärtigen gesetzlichen Ausgestaltung mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung unvereinbar.

## II. Die zentralen Aussagen des Gesetzentwurfs der Bundesregierung

Mit dem Gesetzentwurf werden zum einen die materiellen Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an die Bestandsdatenauskunft zum einen durch eine Änderung des TKG (§ 113) und zum anderen durch die Schaffung spezifischer Erhebungsbefugnisse in den jeweiligen Fachgesetzen umgesetzt. Mit Blick auf die Kompetenzen der Länder im Bereich des Gefahrenabwehrrechts ist die Vorschrift in § 113 TKG so offen formuliert, dass die Länder für ihren Kompetenzbereich eine Anpassung der Landespolizeigesetze vornehmen können.

## III. Die Kernfragen des Gesetzentwurfs

### 1. Materielle Voraussetzungen für die manuelle Bestandsdatenauskunft

Soweit im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens der Vorwurf erhoben wurde, der Entwurf sei verfassungswidrig, da zum einen die verfassungsrechtlich geforderte Beschränkung des Datenzugriffs auf Einzelfälle fehle und zum anderen entgegen den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts keine Beschränkung der Datenabfrage auf Fälle einer konkreten Gefahr erfolge,

Stellungnahme Arbeitskreis Vorratsdatenspeicherung, im Internet unter: <http://wiki.vorratsdatenspeicherung.de>

ist dies nicht zutreffend. Abgesehen von dem Umstand, dass das Gesetz selbst zunächst nur eine abstrakt-generelle Regelung trifft, die der Umsetzung im Einzelfall durch die zuständigen Behörden bedarf, hat auch das Bundesverfassungsgericht es selbst grundsätzlich für unbedenklich gehalten, dass die maßgebliche Vorschrift des § 113 TKG selbst keine ihre Reichweite näher begrenzende, spezifische Eingriffsschwelle normiert und die Vorschrift im Ergebnis im Einzelfall immer eine Auskunft erlaubt, wenn dies zur Aufgabenwahrnehmung erforderlich ist.

*BVerfG*, NJW 2012, 1419 (1429, Rdnr. 176)

Im Übrigen ist auch zu berücksichtigen, dass die Beschränkung auf Einzelfälle sich schon darauf ergibt, dass nach Auskünften nach § 113 Abs. 2 TKG-E im Einzelfall und zudem nur unter den Voraussetzungen fachgesetzlicher Regelungen zulässig ist.

Auch ist durch das Zusammenspiel allgemeiner gesetzlicher Regelung in § 113 TKG und den jeweiligen fachspezifischen Befugnisnormen sichergestellt, dass die Datenabfrage nicht anlassunabhängig erfolgt, sondern vielmehr an das Erfordernis einer konkreten Gefahr

ausführlich zum Begriff der konkreten Gefahr: *Denninger*, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl., 2007, E, Rdnr. 42 ff.

im Einzelfall gebunden ist, wobei aber zu Recht zu betonen ist, dass diese Eingriffsschwelle keine unüberwindbaren Hürden errichtet, solange im Einzelfall sicherheitsrechtlich geprägter Bezug zur Notwendigkeit der Bestandsdatenabfrage gegeben ist. Dies bedeutet aber zumindest, dass regelmäßig zumindest ein Anfangsverdacht einer Ordnungswidrigkeit oder Straftat vorliegen muss.

*BVerfG, NJW 2012, 1419 (1429, Rdnr. 177)*

Soweit § 113 Abs. 5 TKG-E einen Datenzugriff über eine elektronische Schnittstelle gestattet, bleibt es gleichwohl bei einer Abfrage im Einzelfall, weil nach § 113 Abs. 5 Satz 3 bei jedem Auskunftsverlangen im Einzelfall durch eine verantwortliche Fachkraft geprüft werden muss, ob die formalen Voraussetzungen einer Datenabfrage erfüllt worden sind.

## **2. Die Gefahr eines unklaren und unkontrollierten Zugriffs auf Zugangssicherungs-codes**

Das Bundesverfassungsgericht hatte die gesetzliche Ermächtigung (§ 113 Abs. 1 Satz 2 TKG) zur Abfrage von Zugangssicherungs-codes (Passwörter, PIN und PUK), die den Zugang zu Endgeräten und Speicherungseinrichtungen sichern und damit den Betroffenen vor einem Zugriff auf seine Daten bzw. die Kommunikationsvorgänge schützen, für verfassungswidrig erklärt, weil sie einen Zugriff auf die entsprechenden Daten und die Überwindung der damit verbundenen Barrieren unabhängig von den Voraussetzungen der jeweiligen Nutzung gestatte. Damit würden aber die nach Fachrecht bestehenden unterschiedlichen Schutzniveaus eingeebnet, weil die Frage nach der Existenz eines Richtervorbehalts oder nach entsprechenden Benachrichtigungspflichten sich ausschließlich aus dem jeweiligen Fachrecht ableiten ließe.

*BVerfG, NJW 2012, 1419 (1429, Rdnr. 184)*

Allerdings gebiete der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch nicht, die Erhebung der Zugangscodes ausnahmslos unter die Voraussetzungen zu stellen, die für die jeweils denkbarste eingriffsintensivste Nutzungsmöglichkeit gegeben sein müssen. Rechtsstaatlich geboten ist nur, die Auskunftserteilung über Zugangssicherung an die Voraussetzungen zu binden, die in der jeweiligen konkreten Abfragesituation für die jeweilige Maßnahme erfüllt sein müssen.

*BVerfG, NJW 2012, 1419 (1430, Rdnr. 185 a.E.)*

Mit der jeweiligen Inbezugnahme fachspezifischer Regelungen hat der Regierungsentwurf aber sichergestellt, dass nur unter den jeweils fachspezifischen Anforderungen (auch in prozeduraler Hinsicht) eine Abfrage der Zugangssicherungsdaten erfolgen darf. Damit ist den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts aber hinreichend Rechnung getragen.

### 3. Mangelnder Rechtsschutz wegen fehlender Benachrichtigung

Datenschutzrelevante Grundrechtsgarantien bedürfen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts organisations- und verfahrensrechtlicher Sicherungen; dies verwirklichen zum einen Auskunftsansprüche.

*BVerfGE* 120, 351 (359 ff.); zu behördlichen Benachrichtigungspflichten bei heimlichen Datenerhebungen vgl. nur *BVerfGE* 100, 313 (361, 364); 109, 279 (363 f.); 118, 168 (208 ff.)

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung sieht keine Benachrichtigung der Betroffenen bei Zugriffen auf ihre Daten vor. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann sich im Einzelfall aus der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG ein Anspruch auf Benachrichtigung über die Erhebung personenbezogener Daten ergeben, wenn diese Form der Kenntnisgewähr Voraussetzung für die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes ist,

*BVerfGE* 100, 313 (364); 109, 279 (364); 120, 351 (362); 125, 260 (335)

da ohne nachträgliche Kenntnis die Betroffenen weder die Unrechtmäßigkeit der Datenverwendung noch etwaige Rechte auf Löschung, Berichtigung oder ähnliches geltend machen könnten.

vgl. dazu nur *BVerfGE* 100, 313 (361); 109, 279 (363); 118, 168 (207); 120, 351 (362); 125, 260 (335)

In Widerspruch zu diesem Befund mag zunächst die gesetzliche Bestimmung im Regierungsentwurf sein, dass über eine Auskunftserteilung die Verpflichteten Stillschweigen gegenüber Kunden sowie Dritten zu wahren haben (§ 113 Abs. 4 Satz 2 TKG-E). Dies ist allerdings eine legitime Verpflichtung, weil sie darauf abzielt, die Durchführung entsprechender sicherheitsrechtlich geprägter Maßnahmen zu gewährleisten. Im Übrigen dürfte die fehlende Benachrichtigungspflicht auch in Ansehung der geringen Eingriffsintensität von Verfassungen wegen unproblematisch sein, weil jedenfalls eine Rechtsschutzmöglichkeit gegenüber den abschließenden behördlichen Entscheidungen besteht.

*BVerfG*, NJW 2012, 1419 (1430, Rdnr. 186)

Im Übrigen ist der Rechtsordnung auch keine generelle Informationsverpflichtung durch Benachrichtigungen zu entnehmen, wie sie in Sonderheit den Bestimmungen der Strafprozessordnung entnehmen lässt. So ist im Fall der Verfahrenseinstellung nach § 170 Abs. 2 StPO eine Benachrichtigung des Beschuldigten nicht in jedem Fall der Einstellung, sondern nur unter den dort genannten Voraussetzungen vorgesehen. Auch die Benachrichtigungspflichten in § 100 StPO gehen von einem abgestuften System der Benachrichtigungspflichten aus, für die insbesondere die Eingriffsintensität der Maßnahme (Verpflichtung zur Benachrichtigung „erheblich mitbetroffener Personen“) entscheidend sind.

*BVerfG*, NJW 2012, 833 (838, Rdnr. 227 f.)

Insgesamt ist daher der Gesetzgeber nicht in jedem Fall verpflichtet, Regelungen über eine Benachrichtigungspflicht zu treffen.

vgl. zu möglichen Ausnahmen *BVerfG*, NJW 2012, 833 (838 f., Rdnr. 227) unter Hinweis auf *BVerfGE* 100, 313 (361); 109, 279 (364); 125, 260 (336)

Im Übrigen sei aber auch der Hinweis gestattet, dass Benachrichtigungspflichten zur Kompensation der Heimlichkeit oder Nichterkennbarkeit eines informatorischen Eingriffs nur sehr bedingt tauglich sind, etwaige Defizite zu kompensieren, da die ex-post-Information nicht die Möglichkeit zur effektiven Abwendung der Grundrechtsgefährdung bzw. des Grundrechtseingriffs eröffnet.

#### **4. Fehlende Richtervorbehalte für die Bestandsdatenabfrage**

Eine weitere Möglichkeit zur Kompensation – hier unterstellter – bestehender Rechtsschutzdefizite stellt der Richtervorbehalt dar. Dabei handelt es sich um eine traditionelle prozedurale Vorkehrung gegenüber Datenerhebungen, die kompensieren soll, dass die überwachte Person – mangels Kenntnis des Grundrechtseingriffs – selbst über keinen primären, präventiven Abwehrrechtsschutz verfügt.

*BVerfGE* 103, 142 (152); 107, 299 (325); 109, 279 (359); 120, 274 (322)

Wenngleich ein Richtervorbehalt ausdrücklich nur für Maßnahmen bei Art. 13 GG vorgesehen ist, so geht das Bundesverfassungsgericht gleichwohl in ständiger Rechtsprechung von einem abgestuften Konzept grundrechtsübergreifend wirkender Richtervorbehalte aus. So hatte das Gericht beispielsweise in der GPS-Entscheidung

*BVerfGE* 112, 304 (318)

einen Richtervorbehalt eingefordert, obwohl die betroffenen Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG einen solchen Vorbehalt nicht vorsehen. Dieser Ansatz wurde bei Eingriffen in das Recht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme ausgebaut und ein grundsätzlicher Vorbehalt einer richterlichen Entscheidung postuliert.

*BVerfGE* 120, 274 (331)

Gerade bei den hier in Rede stehenden Maßnahmen dürfte aber die Einforderung eines generellen Richtervorbehalts nicht geboten sein; vielmehr sind es die maßgeblichen fachgesetzlichen Regelungen, die hinreichenden Schutz durch die dort im Einzelfall normierten prozeduralen Anforderungen garantieren. Nicht geboten erscheint dann aber in Anbetracht dieser Kautelen ein weiterer all-

gemein wirkender Richtervorbehalt, der gleichsam vorgelagert den (geringfügigen) Grundrechtseingriff legitimiert, der die spätere Ermittlungs- oder Überwachungsmaßnahme, die ihrerseits im Einzelfall einer richterlichen Anordnung bedarf, erst ermöglicht. Dem Verfassungsrecht – und hier in Sonderheit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – ist kein Gebot eines doppelten Richtervorbehalts zu entnehmen, wenn die eingriffsintensivere Maßnahme selbst in prozeduraler und materieller Hinsicht gerechtfertigt ist.

#### **IV. Abschließende Bewertung**

Insgesamt begegnet der Gesetzentwurf keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Er genügt – in Sonderheit mit Blick auf die vergleichsweise geringe Eingriffsintensität – den durch das Bundesverfassungsgericht aufgestellten Kriterien für die Eingriffsrechtfertigung. Weitergehende Forderungen nach Benachrichtigungspflichten oder Richtervorhalten mögen zwar rechtspolitisch verständlich sein, verfassungsrechtlich geboten sind sie indes nicht.

gez. Kyrill-A. Schwarz