

# **Gutachterliche Stellungnahme**

zu dem Antrag  
der Fraktion der PIRATEN

Zum Schutz der Vertraulichkeit und Anonymität der Telekommunikation

- Landtags-Drucksache 16/1467 -



von Ulf Buermeyer  
Richter am Landgericht Berlin

[ulf@buermeyer.de](mailto:ulf@buermeyer.de)

Berlin, im April 2013

## **I. Hintergrund, insbesondere Entscheidung des BVerfG und Neuregelung der Bestandsdatenabfrage auf Bundesebene**

Das Bundesverfassungsgericht hat durch Beschluss vom 24. Januar 2012<sup>1</sup> die Regelung des § 113 Abs. 1 Satz 2 TKG für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt; § 113 Abs. 1 Satz 1 TKG hat das Gericht im Wege der verfassungskonformen Auslegung stark beschränkt. Zugleich hat es die weitere Anwendung des derzeit geltenden Rechts unter bestimmten Voraussetzungen bis längstens Ende Juni 2013 zugelassen. Die Kernpunkte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts lauten in thesenartiger Zusammenstellung:

- Die Auskunft eines Telekommunikationsunternehmens über den vertraglichen Inhaber einer Telekommunikations-Anschlusskennung (sog. „Bestandsdatenauskunft“) greift grundsätzlich allein in das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung ein;<sup>2</sup> Art. 10 Abs. 1 GG ist hingegen regelmäßig nicht betroffen.<sup>3</sup>

- Die Zuordnung einer sog. „dynamischen“ IP-Adresse zu einem Anschlussinhaber stellt hingegen einen Eingriff in die Telekommunikationsfreiheit gem. Art. 10 Abs. 1 GG dar, weil zum Zwecke dieser Auskunft auf Einzelumstände der Telekommunikation – nämlich die zeitweilige Zuteilung einer IP-Adresse an einen Anschlussinhaber – zugegriffen werden muss.<sup>4</sup> Der Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG ist berührt, denn er erfasst nicht nur die Inhalte der Kommunikation; geschützt ist vielmehr auch die Vertraulichkeit der näheren Umstände des Kommunikationsvorgangs, zu denen insbesondere gehört, ob, wann und wie oft zwischen welchen Personen oder Telekommunikationseinrichtungen Telekommunikationsverkehr stattgefunden hat oder versucht worden ist.<sup>5</sup>

- Für Bestandsdatenauskünfte bedarf es zukünftig einer doppelten gesetzlichen Grundlage (sog. Doppeltürmodell). Denn aus der Perspektive der informationellen Selbstbestimmung stellt eine Datenübermittlung *zwei* grundsätzlich selbständig zu prüfende Eingriffe in den Schutzbereich des Grundrechts dar, die jeweils für sich einer gesetzlichen Grundlage bedürfen:<sup>6</sup> Zum einen muss eine gesetzliche Grundlage das Telekommunikationsunternehmen ermächtigen, Bestandsdaten an Bedarfsträger zu

---

<sup>1</sup> 1 BvR 1299/05 – BVerfGE 130, 151 = HRRS 2012 Nr. 183.

<sup>2</sup> BVerfGE 130, 151, 183 f. (Rn. 121 - 123).

<sup>3</sup> BVerfGE 130, 151, 179 – 181 (Rn. 110 – 115).

<sup>4</sup> BVerfGE 130, 151, 181 f. (Rn. 116).

<sup>5</sup> St. Rspr.; vgl. BVerfGE 67, 157, 172; 100, 313, 358; 107, 299, 312 f.; 125, 260, 309.

<sup>6</sup> BVerfGE 130, 151, 184 (Rn. 123).

übermitteln (Übermittlungsermächtigung). Zum anderen muss das jeweilige Fachgesetz die öffentliche Stelle, die auf Bestandsdaten zugreifen will, zur Erhebung der Daten ermächtigen (Abrufermächtigung). Beide gesetzlichen Ermächtigungen müssen „wie eine Doppeltür zusammenwirken“<sup>7</sup>; erst beide gemeinsam ermächtigen zum Datenaustausch.<sup>8</sup> Beide Ermächtigungsgrundlagen müssen außerdem von Verfassungs wegen Aussagen darüber treffen, zu welchen Zwecken und unter welchen Voraussetzungen Abruf. bzw. Übermittlung zulässig sind (Gebot der Normenklarheit).

Die Bundesregierung hat daraufhin den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes und zur Neuregelung der Bestandsdatenauskunft (BT-Drs. 17/12034) in den Bundestag eingebracht. Nach einer Sachverständigenanhörung im federführenden Innenausschuss am 11. März 2013, in der teils ausgesprochen kritische Stellungnahmen abgegeben wurden,<sup>9</sup> einigten sich die Fraktionen der CDU, der FDP und der SPD auf einen gemeinsamen Beschlussentwurf mit einigen Änderungen des Gesetzes,<sup>10</sup> der am 20. März 2013 vom Innenausschuss angenommen wurde. In der Gestalt dieses Änderungsantrages hat auch das Plenum des Bundestages den Gesetzentwurf in seiner Sitzung vom 21. März 2013 gebilligt.<sup>11</sup>

Die Zustimmung des Bundesrates zu dem Gesetz steht gegenwärtig noch aus; die Abstimmung soll für den 3. Mai geplant sein. Das Gesetz ist zwar gem. Art. 73 Abs. 1 Nr. 7, 74 Abs. 1 Nr. 1 GG überwiegend nicht zustimmungspflichtig, wohl aber gem. Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG die Regelungen zum BKA als „Zentralstelle“ (Art. 3 des Entwurfs), sodass das vom Bundestag beschlossene Gesetz insgesamt der Zustimmung des Bundesrates bedarf.

---

<sup>7</sup> BVerfGE 130, 151, 184 (Rn. 123).

<sup>8</sup> Dies schließt indes nach Maßgabe der Gesetzgebungskompetenzen und der Anforderungen an die Normenklarheit nicht aus, dass beide Rechtsgrundlagen auch in einer Norm zusammengefasst werden können, vgl. BVerfG a.a.O.

<sup>9</sup> Vgl. die verfassungsrechtlich besonders fundierte Stellungnahme von Prof. Dr. Matthias Bäcker, abzurufen auf [http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a04/Anhoerungen/Anhoerung26/Stellungnahmen\\_SV/Stellungnahme\\_03.pdf](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a04/Anhoerungen/Anhoerung26/Stellungnahmen_SV/Stellungnahme_03.pdf)

<sup>10</sup> BT-Drucksache 17/12879.

<sup>11</sup> <http://www.bundestag.de/dokumente/tagesordnungen/231.html>

## II. Vorschlag der Fraktion der PIRATEN nebst Stellungnahme

Zum Zwecke der Stellungnahme zum Antrag der Fraktion der PIRATEN wird von der Gliederung des Beschlussantrags auf Drucksache 16/1467 ausgegangen, insbesondere von den im folgenden Katalog genannten **Einzelforderungen**. Die Stellungnahme wird jeweils nach den einzelnen Gliederungspunkten eingerückt. Im einzelnen sieht der Beschlussantrag vor,

***den Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes und zur Neuregelung der Bestandsdatenauskunft im Bundesrat abzulehnen, solange nicht***

***1. durch ein einfachgesetzliches Zitiergebot Klarheit darüber hergestellt wird, welche Gesetze einen staatlichen Zugriff auf Kommunikationsdaten erlauben sollen und welche nicht,***

Diese Forderung greift letztlich das Doppeltürmodell des BVerfG auf, wonach allein eine *Übermittlungsbefugnis* (etwa im TKG) für die Rechtmäßigkeit eines Bestandsdatenzugriffs von Verfassungen wegen nicht mehr ausreichend ist. Vielmehr bedarf es jeweils auch einer Abrufermächtigung im Fachrecht derjenigen Stelle, die die Übermittlung begehrt.<sup>12</sup> Insofern müssen zukünftig in der Tat die jeweiligen Fachgesetze des Bundes und der Länder<sup>13</sup> einen Abruf ausdrücklich ermöglichen. Dies ist allerdings ausweislich des Beschlusses des BVerfG vom 24. Januar 2012 ohnehin geltendes Verfassungsrecht,<sup>14</sup> sodass eine (rein wiederholende) Klarstellung durch einfaches Recht, etwa im TKG, eher irreführend und daher entbehrlich sein dürfte.

Im Übrigen erscheint die Bezeichnung des Erfordernisses einer separaten Abrufbefugnis als „Zitiergebot“ – die sonst für die formelle Grundrechts-Schranken-Schranke des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG eingeführt ist<sup>15</sup> – eher unglücklich: Es ginge bei einem solchen einfachgesetzlichen Gebot anders als in den Fällen des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG ja gerade nicht darum, eine höherrangige Norm als eingeschränkt zu kennzeichnen und sie dabei ggf. zu zitieren.

---

<sup>12</sup> BVerfGE 130, 151, 185 (Rn. 125).

<sup>13</sup> Der Bund hat keine Gesetzgebungskompetenz für den Erlass von Abrufermächtigungen für Behörden, deren Tätigkeit sachlich durch Landesrecht geregelt ist; BVerfGE 130, 151, 186 (Rn. 129).

<sup>14</sup> Vgl. BVerfGE 130, 151, 185 (Rn. 125).

<sup>15</sup> Vgl. statt aller *Hillgruber* in HdStR IX, 3. Auflage 2011, § 201 Rn. 44 ff.

***2. für die Auslieferung von Telekommunikations-Bestandsdaten (§ 113 Absatz 1 Satz 1 TKG) an Staatsbehörden mindestens dieselben verfahrensrechtlichen und inhaltlichen Voraussetzungen eingeführt werden wie für die Auslieferung von Telekommunikations-Verkehrsdaten (z.B. Richtervorbehalt, Eingriffsschwellen),***

Die Forderung betrifft letztlich die Frage nach der Verhältnismäßigkeit der Bestandsdatenabfrage: Sowohl materielle als auch formelle Begrenzungen von Ermittlungsmaßnahmen dienen der Wahrung der Verhältnismäßigkeit der Grundrechtseinschränkung, namentlich ihrer Angemessenheit. Der Richtervorbehalt als zentrale formelle Eingriffsbegrenzung im deutschen Sicherheitsrecht bezweckt zugleich stellvertretenden Rechtsschutz für die Betroffenen durch eine neutrale Stelle, da sie ihre rechtlichen Interessen angesichts der Heimlichkeit der Maßnahmen noch nicht selbst wahrnehmen können.

Formelle wie materielle Begrenzungen der Datenerhebung sind für Verkehrsdaten etwa in § 100g Abs. 2 StPO i.V.m. §§ 100a Abs. 3, 100b StPO geregelt. Ob sich die Übertragung dieser oder ähnlicher Hürden rechtspolitisch empfiehlt oder ob sie gar verfassungsrechtlich geboten ist, beurteilt sich daher nach einer Abwägung zwischen dem Gewicht der durch eine Bestandsdatenabfrage beeinträchtigten Grundrechte einerseits sowie der hiermit verfolgten Gemeinwohlinteressen andererseits.

Aus dieser Perspektive lassen sich Bestandsdatenabfragen und Verkehrsdatenabfragen jedenfalls nicht pauschal vergleichen. Während die Erhebung von Verkehrsdaten stets einen Eingriff in das Telekommunikationsgeheimnis des Art. 10 Abs. 1 GG darstellt, gilt dies im Falle der Bestandsdatenabfrage nur in den Sonderfällen, in denen zum Zwecke der Auskunft intern Verkehrsdaten verarbeitet werden, namentlich also bei der Auskunft über die Inhaber dynamisch zugewiesener IP-Adressen. Im Übrigen stellt die Bestandsdatenauskunft einen Eingriff allein in den Schutzbereich der informationellen Selbstbestimmung dar.

Jedenfalls bisher waren Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG ganz überwiegend an einen Richtervorbehalt geknüpft, während dies für die informationelle Selbstbestimmung meist nicht gilt. Diese nach Schutzbereichen differenzierende Sicht würde dafür sprechen, zumindest die Abfrage dynamischer IP-Adressen - ebenso wie den Zugriff auf Verkehrsdaten - einem Richtervorbehalt zu unterstellen. Die pauschale Gleichstellung einfacher

Bestandsdatenauskünfte (ohne Eingriff in das Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG) mit solchen Eingriffen erscheint hingegen nicht gerechtfertigt.

Neben der Differenzierung nach Schutzbereichen sprechen aber auch materielle Erwägungen dafür, dass die Ermittlung des Inhabers einer IP-Adresse einen wesentlich gravierenden Eingriff in die grundrechtlich geschützte Privatheit darstellt als die Abfrage des Inhabers einer Telefonnummer: Bei Telefongesprächen ist in aller Regel der Inhalt der Kommunikation im Nachhinein nicht mehr nachvollziehbar; die bloße Auflösung einer Telefonnummer zu einem Inhaber stellt daher regelmäßig nur einen begrenzten Eingriff dar, wenngleich auch das bloße Faktum eines Anrufs etwa bei den Anonymen Alkoholikern oder der AIDS-Hilfe sicherlich eine erhebliche Relevanz haben wird. Die Persönlichkeitsrelevanz von IP-Adressen ist demgegenüber jedoch typischerweise erheblich höher: Anhand einer einzigen zugeordneten IP-Adresse lässt sich grundsätzlich das gesamte Kommunikationsverhalten eines Menschen im Internet nachvollziehen, und zwar oftmals unter Einschluss der *Inhalte* der Kommunikation, etwa der gelesenen Internet-Seiten oder der hinterlassenen Beiträge in Diskussionsforen, und dies mitunter über einen Zeitraum von vielen Monaten.<sup>16</sup> Insofern führt auch der nicht selten gezogene Vergleich einer IP-Adresse mit einer Telefonnummer in die Irre, weil er schon technisch unpräzise ist, vor allem aber die erhebliche Persönlichkeitsrelevanz einer IP-Adresse bagatellisiert.

Auf der anderen Seite sollte aber auch nicht aus dem Blick geraten, dass gegen die praktische Wirksamkeit des Richtervorbehalts unter dem Aspekt der tatsächlichen und wirksamen Kontrolle im Einzelfall angesichts der alltäglich massenhaft beantragten und erlassenen ermittlungsrichterlichen Beschlüsse bereits vielfach Bedenken erhoben werden.<sup>17</sup>

Demgegenüber ist kaum zu erwarten, dass die schon heute deutlich überstrapazierten Kapazitäten der Justiz in näherer Zeit nennenswert aufgestockt werden. Vor diesem Hintergrund dürfte eine Regelung, die die Abfrage des Anschlussinhabers zu jeder einzelnen Telefonnummer (!) einem Richtervorbehalt unterstellte, eher dazu führen, dass die richterliche Kontrolldichte angesichts einer unübersehbaren Antragsflut weiter drastisch absinkt. Eine

---

<sup>16</sup> Auch die sogenannten „dynamischen“ IP-Adressen bleiben insbesondere bei Internet-Zugängen via Fernseekabel typischerweise solange gleich, wie die Verbindung nicht manuell getrennt wird, d.h. oftmals über viele Wochen. Die Abgrenzung zwischen statischen und dynamischen IP-Adressen, die auch das BVerfG grob vereinfachend als binär darstellt (BVerfGE 130, 151, 162), ist daher in Wirklichkeit viel komplexer: Die Spanne zwischen dynamischen und statischen Adressen lässt sich eher als ein Kontinuum mehr oder weniger lange zugewiesener IP-Adressen begreifen.

<sup>17</sup> Vgl. die zahlreichen Nachweise bei *Paeffgen* in Festschrift für *Manfred Seebode* (2008), S. 245, 251 (dort Fn. 10): *Jahn* (selbst Richter am OLG im Nebenamt) sieht die „Kontrolle ... bestenfalls auf die Prüfung eines gewissen Plausibilitätsniveaus reduziert“ (NSTz 2007, 255, 259); *Schünemann* ZStW 114 (2002) S. 1, 20 hält den Ermittlungsrichter bereits für zum „Urkundsbeamten der Staatsanwaltschaft“ degeneriert.

solche Regelung dürfte sich daher unter dem Aspekt des Grundrechtsschutzes insgesamt nicht empfehlen.

Gleichwohl ist nicht zu verkennen, dass das derzeit geplante bundesgesetzliche Regelungssystem auch Eingriffe in das Telekommunikationsgeheimnis durch Abfrage der Inhaber von IP-Adressen ungeachtet der oben skizzierten höheren Persönlichkeitsrelevanz auf breiter Front legitimieren würde. Verfahrensrechtliche Sicherungen zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit von Bestandsdatenabfragen sind hingegen *nicht* vorgesehen, und zwar nicht einmal unterhalb der Schwelle des Richtervorbehalts: Zwar liegt die Gesetzgebungskompetenz für viele Abrufermächtigungen<sup>18</sup> bei den Ländern, die ihrerseits verfahrensrechtliche Sicherungen vorsehen können und müssen. Für die praktisch bedeutsamste Fallgruppe der Anschlussinhaberermittlung im Strafverfahren<sup>19</sup> hat der Bundesgesetzgeber in der geplanten Abrufermächtigung des § 100j StPO-E jedoch auf *jede verfahrensrechtliche Hürde* verzichtet, und zwar auch in den Fällen der Ermittlung des Inhabers einer IP-Adresse, die nach der Rechtsprechung des BVerfG in den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG eingreift und wie geschildert besonders gravierende Eingriffe in die Privatsphäre ermöglicht. Damit darf nach dem Wortlaut des vom Bundestag beschlossenen Gesetzes jeder beliebige Polizeibeamte zur Verfolgung auch minimaler Rechtsverstöße (!) eine IP-Adressen-Inhaberabfrage veranlassen. Dies bedeutet, dass zur Ahndung jeder noch so geringfügigen Ordnungswidrigkeit (vgl. § 46 Abs. 1 OWiG), etwa zur Verfolgung eines Falschparkers oder eines Menschen, der sich in der Öffentlichkeit an einen Baum erleichtert (vgl. § 118 Abs. 1 OWiG), das Telekommunikationsverhalten der Betroffenen unter Umständen über Monate hinweg offengelegt werden darf. Dies dürfte verfassungsrechtlich kaum haltbar sein, soll das Telekommunikationsgeheimnis im Internet nicht zur Bedeutungslosigkeit verkümmern.

***3. die Auslieferung von Bestandsdaten (§ 113 Absatz 1 Satz 1 TKG) gesetzlich ausdrücklich auf Einzelfälle beschränkt bleibt und die Einführung einer elektronischen Auskunftsschnittstelle unterbleibt,***

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist die Zahl der Bestandsdatenauskünfte als solche kein relevantes Kriterium. Maßgeblich ist vielmehr stets die Abwägung der verfassungsrechtlich maßgeblichen Positionen, sodass auch ganz vereinzelt ausgeführte Maßnahmen bei nicht

---

<sup>18</sup> Nämlich in den Landespolizei- und Landesverfassungsschutzgesetzen.

<sup>19</sup> So auch die Einschätzung der Bundesregierung, vgl. BVerfGE 130, 151, 168 (Rn. 78).

tragfähiger Interessenabwägung rechtswidrig, eine Vielzahl von Maßnahmen mit tragfähiger Begründung hingegen rechtmäßig sein kann.

Verfassungsrechtlich sinnvoll erscheint die **Forderung nach „Einzelfällen“** daher nur unter zwei Aspekten: Zum einen muss – wie auch das BVerfG betont hat<sup>20</sup> – in jedem Einzelfall die Abfrage von Bestandsdaten tatsächlich geprüft werden; dies sieht das geplante Bundesgesetz vor, wenn auch das automatische Abrufverfahren erhebliche Gefahren birgt (siehe sogleich). Zum anderen ließe sich die Forderung so verstehen, dass Bestandsdatenauskünfte lediglich in Fällen besonders erheblicher Gemeinwohlinteressen zulässig sein sollen, wie sie *rein tatsächlich* möglicherweise nur in Einzelfällen vorkommen. Auch hier dürfte sich indes eine pauschale Betrachtung „der Bestandsdatenauskunft“ verbieten: Dem Gesetzgeber stellt sich vielmehr die Aufgabe, durch eine geeignete tatbestandliche Fassung der Übermittlungs- bzw. Abrufbefugnisse sicherzustellen, dass in jedem der – ggf. auch zahlreichen – Einzelfälle die Datenübermittlung tatsächlich verhältnismäßig ist. Jedenfalls die Regelung des § 100j Abs. 2 StPO-E (Abfrage der Inhaber von IP-Adressen ohne jede verfahrensrechtliche Sicherung der Verhältnismäßigkeit) ist vor diesem Hintergrund wohl nicht haltbar, insbesondere in Verbindung mit § 46 Abs. 1 OWiG.

Eine **automatische Abrufschnittstelle** dürfte in der Tat wie jede verfahrenstechnische Vereinfachung die Möglichkeit der erleichterten Nutzung und damit die Gefahr einer weniger strengen Prüfung der Notwendigkeit mit sich bringen. Nach Angaben der Bundesregierung gegenüber dem BVerfG wird von der Möglichkeit der automatischen Bestandsdatenabfrage etwa 20 bis 30 mal öfter Gebrauch gemacht als vom manuellen Abrufverfahren.<sup>21</sup> Mit einem automatischen Abruf würde die mit einer manuellen Bearbeitung seitens der Behörden verbundene, für Zwecke des faktischen Grundrechtsschutzes nicht zu vernachlässigende „Hürde der Bequemlichkeit“<sup>22</sup> entfallen. Dies wird durch die in § 113 Abs. 5 TKG-E vorgesehene Prüfung auf Seiten der Telekommunikationsunternehmen kaum ausgeglichen, weil der Arbeitsaufwand nicht bei den Behörden anfällt, sodass er auch die Abfragefreudigkeit der Behörden nicht nennenswert begrenzen dürfte. Demgegenüber hat das BVerfG die manuelle Bearbeitung als wesentliches Argument für die Verhältnismäßigkeit des Datenabrufs nach § 113 TKG überhaupt bezeichnet.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> BVerfGE 130, 151, 205 f. (Rn. 177).

<sup>21</sup> BVerfGE 130, 151, 168 (Rn. 78).

<sup>22</sup> Diese Hürde dürfte in der Praxis derzeit wohl den Kern der grundrechtsschützenden Wirkung des Richtervorbehalts ausmachen.

<sup>23</sup> BVerfGE 130, 151, 206 f. (Rn. 178 und 180).



Die Gesetzgeber von Übermittlungs- wie Abrufbefugnissen sollten sich der Gefahren einer weitgehenden Automatisierung der Bestandsdatenabfrage bewusst sein und daher anderweitige verfahrensrechtliche Vorkehrungen treffen, etwa formalisierte Begründungspflichten, damit das Bewusstsein für die grundrechtliche Relevanz des Datenabrufs „per Mausclick“ erhalten bleibt. Die Regelung in § 100j StPO-E erscheint insofern unbefriedigend, da sie keinerlei Verfahrensvorschriften für Bestandsdatenabfragen vorsieht.

***4. eindeutig und restriktiv gesetzlich geregelt wird, unter welchen verfahrensrechtlichen und inhaltlichen Voraussetzungen Zugangssicherungs-codes (wie Passwörter, PIN oder PUK), die den Zugang zu Endgeräten (z.B. Mobiltelefonen) und Speicherungseinrichtungen (z.B. E-Mail-Postfächer) sichern, gegenüber Staatsbehörden preisgegeben sind und deren Nutzung zugelassen wird,***

Die Forderung reformuliert letztlich die verfassungsrechtlichen Gebote der Verhältnismäßigkeit und der Normenklarheit und liegt damit auf einer Linie mit der Rechtsprechung des BVerfG.

***5. der Vorrang der Telekommunikationsüberwachung unter Mitwirkung des Anbieters vor dem unmittelbaren Zugriff mithilfe von Zugangssicherungs-codes festgeschrieben wird,***

Diese Forderung berührt scheinbar die Verhältnismäßigkeit der Datenerhebung unter dem Aspekt der Erforderlichkeit. Indes ist aus einer grundrechtlichen Perspektive nicht zu erkennen, dass eine Datenerhebung bei Dritten – etwa einem Provider – prinzipiell einen milderen Grundrechtseingriff beinhaltet als eine Datenerhebung unmittelbar bei den Betroffenen: Zwar sind heimliche Erhebungen generell als gravierender anzusehen als offen ausgeführte, aber aus der Perspektive der Betroffenen werden auch Datenerhebungen beim Provider regelmäßig heimlich erfolgen. Aus grundrechtlicher Sicht ist maßgebliches Kriterium also im Grundsatz weniger die Frage, bei wem ein Zugriff erfolgt, als die Frage, ob und wann die Betroffenen hiervon Kenntnis erlangen.

Außerdem dürfte die Frage der Verhältnismäßigkeit einzelner konkreter Formen der Datenerhebung für die gesetzliche Regelung von *Übermittlungsbefugnissen* keine Rolle spielen, da sie sinnvoll nur auf der Ebene des Abrufs zu prüfen ist: Etwaige Ermittlungsalternativen stehen naturgemäß nicht dem Provider zu Gebote, der mit einer Anfrage konfrontiert wird,

sondern ggf. der Behörde, die eine Anfrage an ihn stellen will. Allein sie kann also sinnvoll die Frage nach dem mildesten Eingriff prüfen und beantworten. Sinnvollerweise sollte daher die Frage – wenn man sie überhaupt als Frage der Verhältnismäßigkeit der Datenerhebung ansehen will – auf der Ebene der Abrufermächtigungen normiert werden.

Nach Ansicht des Verfassers sollte der Fragenkreis aber insgesamt eher als Problem der Heimlichkeit des Eingriffs und damit der hinreichenden Benachrichtigung behandelt werden denn als Problem der Verhältnismäßigkeit. Der Bundesgesetzgeber hat das Problem jedenfalls im Hinblick auf die Zugangssicherungs-codes offenbar in letzter Minute noch gesehen: In § 100j Abs. 3 und 4 StPO-E in der Fassung des Änderungsantrags aus dem Innenausschuss, wie er letztlich vom Bundestag beschlossen wurde, sind nun wenigstens für den Regelfall sowohl ein Richtervorbehalt als auch eine Benachrichtigungspflicht vorgesehen.

***6. die Herausgabe von Zugangssicherungs-codes an unberechtigte Behörden oder Dritte bußgeldbewehrt verboten bleibt,***

Die Forderung erscheint plausibel. Eine Bußgeldbewehrung vermag die Sensibilität dafür zu stärken, dass die Übermittlung von Zugangscodes zu mitunter ganz gravierenden Folge-Eingriffen in die informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen führen kann.

***7. festgelegt wird, dass Anbieter Auskünfte ausschließlich anhand rechtmäßig gespeicherter Kommunikationsdaten erteilen dürfen,***

Auch diese Forderung erscheint berechtigt. Es würde befremdlich anmuten, wenn öffentliche Stellen, die auf die Bewahrung der Rechtsordnung verpflichtet sind, mittelbar vom Rechtsbruch Dritter profitieren würden.

***8. darauf verzichtet wird, Bundeskriminalamt und Zollkriminalamt als Zentralstellen Zugriff auf Telekommunikationsdaten einzuräumen,***

Die Frage erscheint primär rechtspolitisch, sodass von einer Stellungnahme zu der Frage abgesehen werden soll, ob das BKA überhaupt als Zentralstelle Zugriff auf Bestandsdaten

erlangen sollte. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist jedenfalls die Einrichtung des BKA als Zentralstelle für bestimmte Fälle im Grundsatz zulässig (Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG), gleiches gilt für das Zollkriminalamt (Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG a.E.).

Nicht zu verkennen ist allerdings, dass die Befugnis zur Datenerhebung durch das BKA gem. § 7 Abs. 3 ff. BKAG-E keine tatbestandlichen Voraussetzungen oder verfahrensrechtlichen Vorkehrungen enthält, die geeignet wären, den Datenabruf wirksam auf ein verhältnismäßiges Maß zu begrenzen. Die Abfrage soll nämlich schon dann zulässig sein, wenn sie zur Erfüllung der Aufgaben des BKA als Zentralstelle „erforderlich“ ist. Dies führt praktisch zur Aufgabe der informationellen Selbstbestimmung bzw. des Telekommunikationsgeheimnisses, sobald das BKA an der Übermittlung von Bestandsdaten oder Zugangscodes aus welchem Grund auch immer interessiert ist. Einzige Voraussetzung ist insoweit, dass sich dieser Grund unter irgendeinem Aspekt der Funktion als Zentralstelle zuordnen lässt, was aber wiederum nur das BKA intern prüfen soll, da eine unabhängige Beurteilung gerade nicht vorgesehen ist: Der Zugriff soll – anders als dies nach § 100j Abs. 3 StPO-E wenigstens für Zugangscodes meistens der Fall ist – nicht durch einen Richtervorbehalt beschränkt werden. Es fällt schwer, dies nicht als Freibrief für die beliebige Abfrage von Bestandsdaten und Zugangscodes durch das BKA zu bezeichnen.

***9. der Bund es dem zuständigen Fachgesetzgeber überlässt, zu regeln, in welchem Zeitrahmen und Umfang Auskünfte zu erteilen sind und ob der Anbieter seine Kunden informieren darf,***

Die Forderung verkennt die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Übermittlungsermächtigungen. Der Bund, der die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für das Telekommunikationsrecht hat (Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG), ist damit zugleich ausschließlich berechtigt, Übermittlungsbefugnisse für Telekommunikationsanbieter zu schaffen. Da jedoch auch Übermittlungsbefugnisse am Maßstab der informationellen Selbstbestimmung zu messen sind, *muss* der Bundesgesetzgeber diese Befugnisse ebenso wie begleitendes grundrechtsschützendes Verfahrensrecht – etwa zum Verfahren und zu Benachrichtigungspflichten – im Lichte der informationellen Selbstbestimmung selbst regeln. Die Gesetzgeber der Abrufnormen haben ihrerseits den Abruf und das dafür geltende Verfahrensrecht zu regeln; insoweit hat der Bundesgesetzgeber für die bundesrechtlichen Abrufermächtigungen wenigstens in Ansätzen eine Regelung getroffen (so etwa in § 100j Abs. 3

und 4 StPO-E). Beide Normenkreise müssen aber *jeweils für sich* den Anforderungen an verhältnismäßige Eingriffe in die informationelle Selbstbestimmung bzw. das Telekommunikationsgeheimnis genügen. Dem dürfte der Bundesgesetzgeber allerdings im Hinblick auf die Übermittlungsbefugnis nicht genügen, da diese neben der Einzelfallprüfung auf Providerseite, die aber ausdrücklich nur die *formellen* Voraussetzungen erfasst (vgl. § 113 Abs. 5 TKG-E), keinerlei verfahrensrechtliche Vorgaben enthält.

***10. eine Benachrichtigung der Betroffenen mindestens von Eingriffen in das Fernmeldegeheimnis (Identifizierung von Internetnutzern) und von der Auslieferung persönlicher Zugangssicherungs-codes sichergestellt wird,***

Ein heimlicher Eingriff in das Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG oder die informationelle Selbstbestimmung wiegt stets schwerer als ein offen ausgeführter, außerdem führt die Heimlichkeit dazu, dass der effektive Rechtsschutz der Betroffenen einstweilen vereitelt wird. Das BVerfG hat daher dem Gesetzgeber sehr strikte Vorgaben für die nachträgliche Benachrichtigung gemacht:

*„Bei nicht erkennbaren Eingriffen steht dem Grundrechtsträger auf Grund der Gewährleistung effektiven Grundrechtsschutzes grundsätzlich ein Anspruch auf spätere Kenntnis der staatlichen Maßnahme zu ... Ohne eine solche Kenntnis können die Betroffenen weder die Unrechtmäßigkeit der Informationsgewinnung noch etwaige Rechte auf Löschung der Aufzeichnungen geltend machen.“<sup>24</sup>*

Die Mitteilungspflicht unterliegt zwar denselben Schranken wie das materiell betroffene Grundrecht selbst, kann also gesetzlich vorübergehend ausgesetzt werden. Die Geheimhaltung bedarf dann aber ihrerseits – namentlich hinsichtlich ihrer zeitlichen Dauer - der Rechtfertigung am Maßstab der Verhältnismäßigkeit. Daraus folgt, dass Betroffene von allen heimlichen Eingriffen *sobald als irgend möglich* zu benachrichtigen sind. Ausnahmen sind nur solange möglich, wie der Zweck der Datenerhebung dies (weiter) verhältnismäßig erscheinen lässt, oder insoweit, als die Betroffenen anderweitig ohnehin tatsächlich informiert werden. Insbesondere Zwecke der Verwaltungsvereinfachung können einen Verzicht auf eine Benachrichtigung allenfalls dann tragen, wenn der Eingriff so geringfügig ist, dass ein Interesse an der

---

<sup>24</sup> BVerfGE 109, 279, 364.

Benachrichtigung ausgeschlossen ist. Das dürfte bei Eingriffen in das Telekommunikationsgeheimnis niemals anzunehmen sein.

***11. Zahl und Art der staatlichen Bestandsdatenabfragen statistisch erfasst und jährlich veröffentlicht werden,***

Die Forderung erscheint zum Zwecke der Evaluation der Eingriffsbefugnisse sinnvoll.

***12. auch für staatliche Stellen eine Informationspflicht bei unrechtmäßiger Kenntniserlangung von Telekommunikationsdaten eingeführt wird.***

Die Forderung erscheint wenig praxistauglich, da sich die Rechtswidrigkeit von Datenerhebungen kaum je gleichsam von alleine herausstellen wird; hierfür wird es regelmäßig eines gerichtlichen Verfahrens bedürfen. Umso bedeutsamer ist es daher, dass effektiver Rechtsschutz auch tatsächlich ermöglicht wird. Hierzu ist es unabdingbar, dass die von einer Datenerhebung Betroffenen hiervon so bald als möglich informiert werden, und zwar zunächst ganz ungeachtet der Frage der Rechtmäßigkeit der Datenerhebung. Auf der Grundlage einer tatsächlich wirksamen Benachrichtigungspflicht hätten die Betroffenen ihrerseits die Möglichkeit, eine gerichtliche Klärung herbeizuführen, sofern sie dies wollen.

Berlin, im April 2013

Ulf Buermeyer

Richter am Landgericht Berlin