

Von großer praktischer Relevanz dürfte die Frage sein, ob sich der deutsche Gesetzgeber dazu entschließt, von Art. 13 Genehmigungs-RL Gebrauch zu machen, wonach er berechtigt wäre, für die Erteilung von Wegerechten – und zwar sowohl an privaten als auch an öffentlichen Grundstücken – Entgelte zu erheben, die „eine optimale und effektive Nutzung“ sicherstellen. Gemeinschaftsrechtlich geboten ist die Einführung eines solchen Nutzungsentgelts nicht¹⁵⁴.

d) Kollokation

aa) Gemeinschaftsrechtlicher Rahmen

In Anknüpfung an entsprechende Regelungen des bisherigen EU-Telekommunikationsrechts¹⁵⁵ verpflichtet Art. 12 Abs. 1 Rahmen-RL die NRB zur Förderung der gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen und Grundstücken auf Grundlage freiwilliger Vereinbarungen¹⁵⁶ und ermächtigt zur Anordnung gemeinsamer Nutzung von „Einrichtungen oder Grundbesitz (einschließlich physischer Kollokation)“. Zu den Einrichtungen, deren gemeinsame Nutzung angeordnet werden kann, gehören nach einer – nicht abschließenden – Aufzählung in EG 23 Rahmen-RL unter anderem Leitungsrohre, Bauwerke, Masten, Antennen und Antennensysteme.

bb) Zum Umsetzungsbedarf im deutschen Recht

Die Mitbenutzungs- bzw. Kollokationsverpflichtungen des geltenden Rechts betreffen zum einen Telekommunikationslinien entlang öffentlicher Verkehrswege (§ 51 TKG) und zum anderen die Kollokation im Zusammenhang mit dem Netzzugang gemäß § 35 Abs. 1 TKG i. V.m. § 3 Abs. 2 NZV.

Darüber hinaus können sich Rechtspflichten zur Gewährung von Mitbenutzungsmöglichkeiten aus § 33 Abs. 2

TKG ergeben. Sowohl § 35 als auch § 39 TKG finden jedoch lediglich auf marktbeherrschende Unternehmen Anwendung, während die nach Art. 12 Abs. 2 Rahmen-RL zu schaffenden Anordnungsbefugnisse (wie schon die Befugnisse nach Art. 11 RL 97/33) gegenüber allen Betreibern elektronischer Kommunikationsnetze bestehen müssen.

6. Übergangsregelungen

Zentrale Vorschrift für den Übergang von dem bestehenden zum neuen Rechtsrahmen ist Art. 27 Rahmen-RL. Danach haben die Mitgliedstaaten die im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen zugangs- und universaldienstbezogenen Verpflichtungen¹⁵⁷, die auf den entsprechenden Richtlinien des bisherigen EU-Rechts beruhen, noch so lange aufrechtzuerhalten, bis die NRB nach Abschluss des Marktanalyseverfahrens über die Auferlegung von ex ante-Verpflichtungen beschlossen hat¹⁵⁸. Einen genauen Zeitpunkt, zu dem das Marktanalyseverfahren und die damit zusammenhängende Überprüfung der bestehenden Verpflichtungen abzuschließen ist, legt Art. 27 Rahmen-RL nicht fest. Aus Art. 16 Abs. 1 Rahmen-RL lässt sich lediglich die wenig konkrete Vorgabe entnehmen, dies habe „sobald wie möglich“ nach Verabschiedung der Empfehlung der Kommission zur Bestimmung der relevanten Produkt- und Dienstmärkte zu geschehen.

154 Zur Verfassungsmäßigkeit der unentgeltlichen Nutzungsberechtigung an öffentlichen Verkehrswegen in § 50 Abs. 1 S. 1 TKG sowie des § 30 Abs. 3 und 4 TKG BVerfG. K&R 1999, 176; siehe dazu *Ellinghaus*, K&R 1999, 178.

155 Art. 11 RL 97/33.

156 Vgl. EG 23 Rahmen-RL.

157 Für genehmigungsbezogene Regelungen gilt mit Art. 17 Genehmigungs-RL eine spezielle Übergangsregelung, dazu unten III.6.a.

158 Welche Vorschriften des alten Rechtsrahmens betroffen sind, bestimmen Art. 7 Rahmen-RL und Art. 16 Universaldienst-RL.

Von Professor Dr.
Christian Koenig,
LL.M., Alexander
Koch und Jens-Daniel
Braun, Bonn

Univ.-Prof. Dr. *Christian Koenig*, LL.M. (London) ist Geschäftsführender Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. *Jens-Daniel Braun* und *Alexander Koch* sind ebendort wissenschaftliche Mitarbeiter. Mehr über sie erfahren Sie auf S. VIII. – Die Verfasser danken *Anastasio Sivrdis* für seine tatkräftige Unterstützung bei der Erstellung des Beitrags. Alle URLs wurden zuletzt am 16. 4. 2002 geprüft.

Die Telekommunikationsüberwachungsverordnung: Neue Belastungen für Internet Service Provider und Mobilfunknetzbetreiber?

Zugleich ein Beitrag zur Verfassungsmäßigkeit des § 88 TKG

Am 29. 1. 2002 ist die Telekommunikationsüberwachungsverordnung (TKÜV) nach mehreren Jahren der Vorbereitung in Kraft getreten. Bereits auf Grundlage der verschiedenen Entwurfsfassungen war massive verfassungsrechtliche Kritik an der TKÜV geübt worden. Der vorliegende Beitrag geht einigen dieser Kritikpunkte nach. Besonderes Augenmerk wird dabei der Frage zuteil, ob die TKÜV eine Ausweitung des Überwachungsumfangs und damit neue Belastungen für Internet Service Provider und Mobilfunknetzbetreiber mit sich bringt. Darüber hinaus werden auch die hinter der TKÜV stehenden Vorschriften einer verfassungsrechtlichen Betrachtung unterzogen.

I. Einleitung

Ermächtigungsgrundlagen für die TKÜV¹ sind § 88 Abs. 2 S. 2, Abs. 4 S. 2 und Abs. 5 S. 2 TKG. Die Bedeutung der TKÜV kann nur richtig erfasst werden, wenn man sich vor Augen führt, wie sich diese in die übrigen Normen des Rechts der Telekommunikationsüberwachung einfügt. Dabei ist zu betonen, dass weder die genannten Ermächtigungsgrundlagen der TKÜV noch diese selbst Ermächtigungen zur Telekommunikationsüberwachung enthalten. Diese Ermächtigungen finden sich ausschließlich in den §§ 100a, b, g und h StPO, §§ 39 ff. Außenwirtschaftsgesetz (AWG)² und dem Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (im Folgenden: G-10 G)³. Die genannten Normen wiederum sagen nichts über die Art und Weise der Durchführung der Überwachung aus, vielmehr legen sie fest, wer durch wen überwacht wird und welche Daten und Informationen abgeschöpft werden. Ob und in welchem Umfang für die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation Vorkehrungen zu treffen sind, ergibt sich nach § 100b Abs. 3 S. 2 StPO „aus § 88 [TKG] und der auf seiner Grundlage erlassenen Rechtsverordnung zur technischen und organisatorischen Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen“.

Vor diesem Hintergrund ist ein Großteil der Kritik, die in der politischen und wissenschaftlichen Diskussion gegen die TKÜV ins Feld geführt wurde⁵, verspätet⁶ und trifft mit dem Ordnungsgeber den falschen Adressaten⁷. Richtigerweise ist ein Großteil der Kritik daher gegen die Ermächtigungsgrundlagen selbst bzw. die §§ 88 ff. TKG zu richten⁸. Gleichzeitig wird deutlich, dass eine isolierte Betrachtung der TKÜV nicht möglich ist, sondern deren Vorschriften stets in ihrem Regelungszusammenhang mit § 88 TKG und den genannten Eingriffsnormen gelesen werden müssen.

Die TKÜV gliedert sich in sieben Teile. Von hoher praktischer Relevanz sind dabei vor allem die allgemeinen Vorschriften und Begriffsbestimmungen (§§ 1–5 TKÜV), die Konkretisierung der technischen Anforderungen (§§ 6–11 TKÜV) sowie die im Mittelpunkt des dritten Teils stehenden organisatorischen Anforderungen (§§ 12–17 TKÜV). Nähere Beachtung im vorliegenden Zusammenhang verdient ferner § 21 TKÜV, der Abweichungen von den Vorschriften der TKÜV für Betreiber kleiner Telekommunikationsanlagen regelt.

II. Verpflichtete

Nach § 100b Abs. 3 S. 1 StPO, § 2 Abs. 1 S. 3 G-10 G und § 39 Abs. 5 AWG hat derjenige die Überwachung zu ermöglichen, der geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt oder daran mitwirkt. Das TKG definiert Telekommunikationsdienste als das nachhaltige Anbieten von Telekommunikation einschließlich des Angebots von Übertragungswegen für Dritte mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht (§ 3 Nr. 5 TKG)⁹. Dabei spielt der Begriff des Betreibers einer Telekommunikationsanlage eine ausschlaggebende Rolle. Wer unter diesen Begriff fällt, bestimmt sich aus einer Zusammenschau von § 3 Nr. 1 und Nr. 2 TKG¹⁰. Es handelt sich danach um denjenigen, der die rechtliche und tatsächliche Kontrolle über die Telekommunikationsanlage hat¹¹. Diese Begriffsverwendung

wird allerdings durch § 88 Abs. 2 S. 1 TKG und mittelbar durch § 88 Abs. 1 TKG eingeschränkt, indem dort nur von denjenigen Betreibern einer Telekommunikationsanlage die Rede ist, die gesetzlich verpflichtet sind, die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation zu ermöglichen¹². Insofern kommen nach §§ 100a, b, g und h StPO, § 2 Abs. 1 S. 3 G-10 G und § 39 Abs. 5 AWG diejenigen Betreiber in Betracht, die geschäftsmäßig Telekommunikationsdienstleistungen erbringen. Die TKÜV spielt insofern keine Rolle.

Wichtig gerade für viele kleine und mittelständische Internet-Provider wird die TKÜV jedoch im Hinblick auf § 88 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 TKG. Diese Vorschrift ermächtigt die Bundesregierung, in der TKÜV aus technischen Gründen oder aus Gründen der Verhältnismäßigkeit den Betreiber einer Telekommunikationsanlage von der Pflicht zur Gestaltung oder Vorhaltung technischer Einrichtungen zu befreien. Der Ordnungsgeber hat von dieser Ermächtigung – wohl auch wegen der heftigen Kritik der betroffenen Kreise¹³ – Gebrauch gemacht.

So bestimmt § 2 Abs. 1 S. 1 TKÜV, dass die TKÜV nur für Betreiber von Telekommunikationsanlagen gilt, mittels derer Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit (§ 3 Nr. 19 TKG) angeboten werden. Betreiber von so genannten corporate networks und von Nebenstellenanlagen (etwa in Krankenhäusern und Hotels) werden folglich von der TKÜV nicht erfasst¹⁴. Auch § 2 Abs. 2 S. 2 TKÜV sieht Ausnahmen vom Anwendungsbereich der TKÜV vor: So sind nach Nr. 1 Verbindungsnetze i. S. d. § 3 Nr. 23 TKG ausgenommen. Gleiches gilt nach Nr. 2 für Netzknoten, „die der Zusammenschaltung mit dem Internet dienen“. Dies sind die Einwahlknoten der Access Provider (sog. Internet POPs mit den zugehö-

1 BGBl. I 2002, 458. Noch vor dem In-Kraft-Treten der TKÜV lag bereits ein Entwurf einer Änderungsverordnung vor, der im www unter dem URL: http://www.bmwi.de/Homepage/download/telekommunikation_post/TKUEVAend.pdf abrufbar ist. Mit der Änderungsverordnung soll die TKÜV an die Neufassung des G-10 G (s. dazu Fn. 3) angepasst werden, vgl. dazu näher Eckhardt, DSB 2002, 4 ff., 4.

2 BGBl. I 1961, 481. § 39 AWG dient der Gefahrenabwehr im Bereich bestimmter Verstöße gegen das Außenwirtschaftsgesetz. Gleichwohl dürfen die erlangten Erkenntnisse nach § 41 Abs. 2 AWG auch zur Strafverfolgung genutzt werden, wenn eine der in § 39 AWG oder in den §§ 3 Abs. 1 und 7 Abs. 1–4 G-10 G bezeichneten Straftaten vorliegt.

3 BGBl. 2001 I, 1254, ber. 2298. Vgl. dazu Huber, NJW 2001, 3296 ff.

4 Eckhardt, CR 2001, 670, 671 f.; Eppe, „Auskünfte an Sicherheitsbehörden“, im www abrufbar unter dem URL: http://www.dfn.de/service/ra/checkliste/Auskunft_Sicherheit.html, sub B; Oliver Braun, DuD 1999, 687, 689; Wüermeling/Felixberger, CR 1997, 555, 556.

5 Beispielhaft für diese Art von Kritik an der TKÜV ist die Begründung, mit welcher der „BigBrotherAward“ der Kategorie „Kommunikation“ dem Bundesminister für Wirtschaft und Technologie, Dr. Werner Müller, für die TKÜV „verliehen“ wurde. Die Begründung ist im www unter dem URL: <http://www.bigbrotheraward.de/2001/comm/> abrufbar.

6 Vgl. Hamm, NJW 2001, 3100, 3100; Kloepfer, K&R 2001, 545, 546 f.

7 Die sachliche Berechtigung der Kritik insgesamt oder einzelner Kritikpunkte bleibt von diesem Einwand freilich unberührt.

8 Kloepfer, K&R 2001, 545, 546.

9 Diese Legaldefinition wird auch im Anwendungsbereich der genannten Ermächtigungsgrundlagen herangezogen, siehe Pernice, DuD 2002, 207 ff., 207; Eckhardt, CR 2001, 670, 672; letzterer unter Hinweis auf den „Willen des Gesetzgebers“.

10 Eckhardt, CR 2001, 670, 673.

11 Ehmer in: Büchner et al. (Hrsg.), Beck'scher TKG-Komm., 2. Aufl. 2000, § 88 Rdnr. 39; Eckhardt, CR 2001, 670, 673.

12 Vgl. Eckhardt, CR 2001, 670, 673.

13 Vgl. nur Ruhmann/Schulzki-Haddouti, c't 1998, Heft 11, 74 ff., 74; Arbeitsgemeinschaft Telekommunikations-Mehrwertdienste im VDMA, DuD 1998, 524 ff., 524 f.

14 Pernice, DuD 2002, 207, 209; Eckhardt, MMR 11/2001, Aktuell, V (VI).

rigen Access-Routern), d.h. aus Sicht des Teilnehmers die ersten zum Internet gehörenden technischen Kontaktpunkte¹⁵. Mit dieser Ausnahme soll eine Mehrfachüberwachung eines Telekommunikationsvorgangs vermieden werden, da die zu überwachende Telekommunikation bereits über das Zugangsnetz erfasst werden kann, wenn sie auf diesem Wege zum Netzknoten gelangt oder von diesem abfließt¹⁶. Des Weiteren sind nach Nr. 3 Telekommunikationsanlagen ausgenommen, welche aus Übertragungswegen (§ 3 Nr. 22 TKG) gebildet werden, die nicht dem unmittelbaren teilnehmerbezogenen Zugang zum Internet dienen. Daraus folgt, dass Übertragungswege, die den unmittelbaren Zugang zum Internet erlauben – wie etwa Zugänge unter Nutzung der TV-Kabel- oder Stromkabelnetze oder von xDSL-Techniken –, nicht ausgenommen sind, es sei denn, sie fallen unter den Ausnahmetatbestand der Nr. 2¹⁷. Schließlich bestimmt Nr. 4, dass Telekommunikationsanlagen, soweit sie der Verteilung von für die Öffentlichkeit bestimmten Diensten (Rundfunk o.Ä.) dienen, ebenfalls ausgenommen sind, wie auch nach Nr. 5 Telekommunikationsanlagen, an denen nicht mehr als 1000 Teilnehmer angeschlossen sind. Nach § 21 TKÜV können überdies für Betreiber von Telekommunikationsanlagen, an denen nicht mehr als 10000 Teilnehmer angeschlossen sind, bestimmte Abweichungen von einzelnen Vorschriften der TKÜV genehmigt werden¹⁸.

Dieser recht umfassende Ausnahmekatalog demonstriert sehr anschaulich die Gefahren einer isolierten Betrachtung der TKÜV. Die durch § 2 Abs. 2 TKÜV privilegierten Betreiber werden lediglich von der Pflicht zur *Vorhaltung* technischer Einrichtungen und von vorbereitenden organisatorischen Vorkehrungen befreit. Unberührt von dieser Befreiung bleiben hingegen die sich aus § 88 Abs. 1 TKG ergebenden Pflichten zur *Gestaltung* technischer Einrichtungen¹⁹.

Die Nichterwähnung der Gestaltungspflicht kann dabei – entgegen Stimmen in der Literatur²⁰ – nicht als Redaktionsversehen²¹ angesehen werden. Gegen die Annahme eines Redaktionsversehens spricht, dass der Entwurf der TKÜV vom 25. 1. 2001 ausdrücklich auch eine Befreiung von der Gestaltungspflicht vorgesehen hatte, diese Befreiung in der endgültigen Fassung – wie bereits im revidierten Entwurf (September 2001) – aber nicht mehr vorkommt. Darüber hinaus kann vor dem Hintergrund des normhierarchischen Verhältnisses von Rechtsverordnung und Gesetz eine Rechtsverordnung den Normadressaten von einer gesetzlichen Pflicht nur dann befreien, wenn sich eine solche Befreiung aus der Rechtsverordnung *eindeutig* ergibt²² und von der Ermächtigungsgrundlage selbst gedeckt ist. An der ersten Voraussetzung fehlt es hier jedoch. Als Ergebnis ist damit festzuhalten, dass der Verordnungsgeber die Ausnahmemöglichkeit des § 88 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 TKG nicht vollständig ausgeschöpft hat²³.

In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass die Betreiber einer Telekommunikationsanlage unter den Voraussetzungen der Ermächtigungsnormen der StPO, des G-10 G und des AWG stets dazu verpflichtet sind, eine Überwachung im Einzelfall zu ermöglichen²⁴; die TKÜV vermag an dieser Verpflichtung nichts zu ändern.

Auch die Frage, inwieweit der Datenaustausch im Internet überwacht werden darf, beantwortet sich nach den genannten Ermächtigungsnormen, nicht nach der TKÜV. Ein Anbieter von *Telediensten* im Sinne des Gesetzes über die Nutzung von Telediensten (TDG)²⁵ gehört nur insoweit zum Kreis der Verpflichteten nach § 100b Abs. 3 S. 1 StPO bzw. § 39 AWG oder § 2 Abs. 1 S. 3 G-10 G, als er *gleichzeitig* geschäftsmäßig einen *Telekommunikationsdienst* erbringt oder daran mitwirkt²⁶.

Schwierig zu beantworten ist allerdings die Frage, wie in diesem Zusammenhang die Abgrenzung von Telekommunikationsdiensten einerseits und Telediensten andererseits zu erfolgen hat: Als erste Möglichkeit bietet es sich an, auch im Anwendungsbereich der Eingriffsermächtigungen auf die Begriffsbildungen des TKG und des TDG zurückzugreifen. Dabei ist zu beachten, dass auf einen Sachverhalt sowohl das TDG als auch das TKG anwendbar sein kann²⁷. Die Abgrenzung der Anwendungsbereiche muss dabei funktionsbezogen erfolgen²⁸. Auf dieser Basis wären einer Überwachung nach § 100a StPO nicht nur ein- und ausgehende E-Mails zugänglich, sondern grundsätzlich etwa auch die Daten beim Aufrufen einer www-Seite oder dem Download einer Datei von einem FTP-Server²⁹, da es sich dabei jeweils um Vorgänge handelt, bei denen Telekommunikation i.S.d. § 3 Nr. 16 TKG stattfindet. Als zweite Möglichkeit könnte man den Telekommunikationsbegriff in § 100a StPO hingegen genau strafverfahrensrechtlich bestimmen³⁰. Der Rückgriff

15 Eckhardt, CR 2001, 670, 676; Pernice, DuD 2002, 207, 209; Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Begründung zum Entwurf der TKÜV (Stand: 27. 9. 2001), S. 4. Die Begründung ist im www unter dem URL: <http://www.dud.de/dud/documents/e-tkuev-4-0-b.pdf> abrufbar.

16 Eckhardt, CR 2001, 670, 676; Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (Fn. 15), S. 4.

17 Pernice, DuD 2002, 207, 209; Eckhardt, CR 2001, 670, 676; Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (Fn. 15), S. 4.

18 Eckhardt, CR 2001, 670, 675, hält die Grenzziehung von 1000 bzw. 10 000 Endnutzern für willkürlich, da die Anzahl der Nutzer kein direkter Indikator für das zu erwartende Überwachungspotenzial sein könne.

19 Eckhardt, CR 2001, 670, 674, 676. Dies hat zur Folge, dass auch für diese Gruppe von Betreibern die Genehmigungspflicht des § 88 Abs. 2 S. 1 TKG gilt.

20 Pernice, DuD 2002, 207, 208, vertritt die Auffassung, die Gestaltungspflicht sei als Minus in der Vorhaltungspflicht enthalten, so dass es keinen Sinn mache, dem Betreiber die Gestaltungspflicht weiter aufzuerlegen. Die Nichterwähnung der Gestaltungspflicht könne daher als redaktionelles Versehen angesehen werden.

21 Vgl. zur Problematik von Redaktionsversehen bei der Auslegung Koch/Neumann, in: FS Celsen, 2001, S. 201, 203.

22 Anderes kann allenfalls unter Heranziehung einer verfassungskonformen Auslegung gelten, die hier allerdings nicht in Betracht kommt: Eine verfassungskonforme Auslegung scheidet immer dann aus, wenn sie mit dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde, siehe BVerfGE 18, 97, 111; 35, 263, 280; Rütters, Rechtstheorie, 1999, Rdnr. 764.

23 Eckhardt, CR 2001, 670, 676, der daraus die Unverhältnismäßigkeit der TKÜV ableitet.

24 Eckhardt, CR 2001, 670, 676.

25 BGBl. I 1997, 1870.

26 Entsprechendes gilt hier und im Folgenden auch für die Anbieter von Mediendiensten im Sinne des Staatsvertrages über Mediendienste (MDSStV), NWGVBl. 1997, S. 158. Zu undifferenziert Weßlau, ZStW 113 (2001), 681, 699: „Die Anbieter von Tele- oder Mediendiensten unterliegen nicht den Regelungen des Telekommunikationsgesetzes, und sie gehören insbesondere nicht zum Kreis der Verpflichteten, die nach § 100b Abs. 3 S. 1 StPO bzw. § 39 AWG oder § 2 Abs. 1 S. 3 G 10 die Überwachung der Telekommunikation zu ermöglichen haben.“

27 OLG Hamburg, MMR 2000, 611, 613; Koenig, Beilage zu MMR 12/1998, 1, 4; Koenig/Braun, K&R Beilage 2/2002, 1, 15.

28 OLG Hamburg, MMR 2000, 611, 613; Koenig/Braun, K&R Beilage 2/2002, 1, 15 m. w. N. in Fn. 158.

29 In diesem Sinne etwa Kudlich, JA 2000, 227, 231.

30 Entsprechendes hätte dann auch für die anderen Eingriffsermächtigungen zu gelten.

auf eine Legaldefinition in einem Gesetz x zur Auslegung eines Begriffs in einem Gesetz y ist zwar grundsätzlich zulässig, begegnet aber in der vorliegenden Konstellation Bedenken³¹. Die Definition in § 3 Nr. 16 TKG ist äußerst weit gefasst³². Für § 100a StPO ist demgegenüber anerkannt, dass diese Vorschrift *eng* auszulegen ist, da jede auf der Grundlage von § 100a StPO vorgenommene Maßnahme einen Eingriff in Art. 10 GG³³ darstellt³⁴. Nichts anderes hat für die Eingriffsermächtigungen des G-10G und des AWG zu gelten. Noch gewichtiger ist zudem der Umstand, dass das TKG einerseits und die genannten Vorschriften der StPO, des G-10 G und des AWG andererseits völlig unterschiedliche Regelungsziele verfolgen³⁵: Während das TKG „durch Regulierung im Bereich der Telekommunikation den Wettbewerb“ fördern, „flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen“ gewährleisten und eine Frequenzordnung festlegen will (§ 1 TKG)³⁶, dienen die letztgenannten Vorschriften primär der nach dem Vorbehalt des Gesetzes zwingend erforderlichen Umschreibung der genauen Bedingungen und Voraussetzungen von Grundrechtseingriffen³⁷.

Vor dem Hintergrund dieser völlig unterschiedlichen Gesetzeszwecke erscheint eine Anlehnung an § 3 Nr. 16 TKG bei der Auslegung des Telekommunikationsbegriffs etwa in § 100a S. 1 StPO äußerst problematisch³⁸. Im Rahmen dieser Vorschrift ist „Telekommunikation“ daher genuin strafverfahrensrechtlich und damit enger zu fassen. Entsprechendes gilt für die Bestimmungen des G-10 G und des AWG. So ist der Telekommunikationsbegriff im Rahmen dieser Vorschriften im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs³⁹ und in Anlehnung an die Auslegung des Art. 10 GG dahingehend zu bestimmen, dass nur die technikgestützte Verständigung zwischen Menschen, nicht aber auch der Datenaustausch zwischen Maschinen erfasst ist⁴⁰.

Ein solches Vorgehen hat auch den Vorteil, dass es die Reichweite von § 100a StPO im Vergleich zu dessen tradierten Anwendungsbereich nicht wesentlich erweitert und damit dem Erfordernis einer restriktiven Auslegung der Vorschrift Rechnung trägt. Danach unterliegen – beim Vorliegen der Voraussetzungen der Eingriffsnormen – ein- und ausgehende E-Mails der Überwachung nach § 100a StPO⁴¹. Entsprechendes gilt für alle Verhaltensweisen im Internet, bei denen es sich um Telekommunikation im oben beschriebenen Sinne handelt, also etwa das so genannte Chatten. Von diesen Fällen abgesehen darf dagegen das so genannte Surfen im Internet nicht überwacht werden.

III. § 7 Abs. 1 Nr. 7 TKÜV: eine unzulässige Ausweitung des Überwachungsumfangs?

Von besonderer Bedeutung für Mobilfunknetzbetreiber ist § 7 Abs. 1 Nr. 7 TKÜV⁴². Danach hat der Verpflichtete „als Teil der [...] Telekommunikation“ der berechtigten Stelle bei einer zu überwachenden Kennung aus Mobilfunknetzen auch Angaben zum Standort des Mobilanschlusses [lit. a] oder – falls die Standortangaben nicht verfügbar sind – die Bezeichnungen der Funkzellen oder der Rufzonen, über die der Mobilanschluss versorgt wird, sowie Angaben zu deren geografischer Lage [lit. b] bereitzustellen⁴³. Die Rechtmäßigkeit dieser Bestimmung ist

mehr als fragwürdig. Zunächst stellt sich die Frage, ob es sich bei der Meldung des Standorts eines Mobilanschlusses bzw. der Bezeichnungen der Funkzellen, der Rufzonen sowie der Angaben zu deren geografischer Lage noch um „Telekommunikation“ handelt. Ist diese Frage zu verneinen, enthält § 7 Abs. 1 Nr. 7 TKÜV eine unzulässige Ausweitung des Überwachungsumfangs. § 4 Nr. 15 TKÜV enthält zwar eine Legaldefinition für den Begriff „zu überwachende Telekommunikation“. Eine solche Begriffsbestimmung findet jedoch in § 88 TKG keine Ermächti-

31 Auch der Begriff der „Nachtzeit“ in § 292 Abs. 2 Nr. 2 StGB bzw. in §§ 250 Abs. 1 Nr. 4, 243 Abs. 1 Nr. 7 StGB a. F. wird nicht etwa in Anlehnung an die Legaldefinitionen dieses Begriffs in § 19 Abs. 1 Nr. 4 BJagdG, § 104 Abs. 3 StPO, § 188 Abs. 1 ZPO – die auch untereinander zum Teil Unterschiede aufweisen – ausgelegt, sondern etwas abweichend verstanden, siehe BGH, GA 1971, 336, 336; LG Köln, GA 1956, 300, 300; Rühers (Fn. 22), Rdnr. 170. Vgl. ferner die Beispiele von Kaufmann, Jura 1992, 631, 632. Auch im Völkerrecht ist anerkannt, dass derselbe Begriff in verschiedenen Verträgen einen unterschiedlichen Inhalt haben kann, siehe Art. 31 Abs. 1 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (BGBl. II 1985, 926), nach der die Auslegung der Bestimmungen des Vertrags „in the light of its object and purpose“ (unter Berücksichtigung des Ziels und Zwecks des Vertrags) zu erfolgen hat.

32 Eckhardt, CR 2001, 670, 671; Kudlich, JuS 2001, 1165, 1168; Mayer, Das Internet im öffentlichen Recht, 1999, S. 157 f.

33 In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass der Schutzbereich des Art. 10 GG nicht nur den Kommunikationsinhalt, sondern auch die „näheren Umstände“ der Telekommunikation umfasst, siehe nur BVerfGE 85, 386, 396 ff.; 100, 313, 358; BGH, NJW 2001, 1587 ff., 1587; Paefgen, in: FS Roxin, 2001, S. 1299, 1302. Siehe auch § 206 Abs. 5 S. 2 StGB, § 85 Abs. 1 TKG. Zu diesen „näheren Umständen“ gehören etwa auch die Standortdaten eines Mobiltelefons, so zu Recht LG Dortmund, NStZ 1998, 577 ff., 577; Friedrich, Die Verpflichtung privatrechtlicher Telekommunikationsunternehmen, die staatliche Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation zu ermöglichen, 2001, S. 138 ff.

34 In diesem Sinne im Ergebnis etwa Malek/Wohlbers, Zwangsmaßnahmen und Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren, 2. Aufl. 2001, Rdnr. 425; Kleinknecht/Meyer-Göbner, StPO, 45. Aufl. 2001, § 100a Rdnr. 1; Rudolphi, in: FS Schaffstein, 1975, S. 434, 436; Haß, in: Manssen (Hrsg.), Telekommunikations- und Multimediarecht, § 88 TKG Rdnr. 19 (Stand: April 1999). Nach BGHSt 26, 298, 303; 31, 296, 298, soll zumindest eine „erweiternde Auslegung nicht in Betracht kommen“. In geradezu absurder Weise werden diese Zusammenhänge vom LG Aachen verkannt, wenn es formuliert: „Im Interesse eines wirksamen Schutzes der in Art. 10 GG geschützten Unverletzlichkeit des Fernmeldegeheimnisses wird § 100a StPO weit ausgelegt“, LG Aachen, StV 1999, 590, dagegen überzeugend Bernsmann/Jansen, StV 1999, 591 ff. In diesem Zusammenhang ist mit Blick auf den ultima ratio-Charakter der Telekommunikationsüberwachung zu betonen, dass gerade vor dem Hintergrund des Art. 10 GG nicht die Leichtigkeit der Ermittlung, sondern die Schwere des Grundrechtseingriffs einziger Maßstab für die Rechtmäßigkeit der Überwachungsmaßnahme bleiben muss, so zu Recht Kloepfer, K&R 2001, 546, 547, der auch einen interessanten Reformvorschlag bezüglich des § 100a StPO macht.

35 So auch Bernsmann, NStZ 2002, 103 ff., 103; Eisenberg/Nischan, JZ 1997, 74, 77.

36 Dazu monographisch Reinke, Der Zweck des Telekommunikationsgesetzes, 2001, passim.

37 Vgl. auch Eckhardt, CR 2001, 386 ff., 386; Eisenberg/Nischan, JZ 1997, 74, 77.

38 Ähnlich Kudlich, JA 2000, 227, 231; ders., JuS 2001, 1165, 1168 f.; Eisenberg/Nischan, JZ 1997, 74, 77.

39 Vgl. etwa die Erläuterung in Drosowski et al. (Hrsg.), Duden, Bd. 1, 21. Aufl. 1996: Telekommunikation als „Kommunikation mithilfe elektronischer Medien“ (S. 734); Kommunikation als „Verständigung untereinander; Verbindung, Zusammenhang“.

40 Ähnlich Bernsmann/Jansen, StV 1999, 591, 592; Bernsmann, NStZ 2002, 103, 104, jeweils für § 100a StPO.

41 Im Ergebnis so auch Eckhardt, CR 2001, 670, 671; Kudlich, JA 2000, 227, 231; Weßlau, ZStW 113 (2001), 681, 699.

42 Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift wurde im Laufe des Rechtssetzungsverfahrens erheblich erweitert, siehe näher dazu Schenke, MMR 2002, 8, 9; Eckhardt, CR 2001, 670, 672.

43 Der technische Hintergrund dieser Vorschrift besteht darin, dass ein Mobilfunk-Telefon während des gesamten Zeitraums der Betriebsbereitschaft Signale aussendet, also auch dann, wenn nicht telefoniert wird, vgl. nur Weßlau, ZStW 113 (2001), 681, 688; Artkämper, Kriminalistik 1998, 202 f.

gungsgrundlage⁴⁴. Die Vorgabe des Begriffs der Telekommunikation unterliegt vielmehr dem Regime der entsprechenden Vorschriften der StPO, des G-10 G und des AWG. Eine Bestimmung im Rahmen der TKÜV ist deshalb unzulässig⁴⁵. Richtigerweise ist der Telekommunikationsbegriff anhand der jeweiligen Eingriffsnormen der StPO, des G-10 G und des AWG zu entwickeln.

Auch in diesem Zusammenhang wird vielfach auf die Legaldefinition des § 3 Nr. 16 TKG zurückgegriffen⁴⁶, was aber aus den oben dargelegten Gründen Bedenken begegnet. Nach dem oben entwickelten *genuin strafverfahrensrechtlichen Telekommunikationsbegriff* unterfallen einer Überwachung nach § 100a S. 1 StPO bei Mobiltelefonen nur die einzelnen vom Benutzer ausgelösten Verständigungsvorgänge (Gespräche, SMS), nicht aber auch die technisch bedingten Spuren der Kommunikationsbereitschaft⁴⁷.

§ 100a StPO ermächtigt nur zu einer „Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation“, nicht aber zu einer (Aufenthalts-)Überwachung des potenziell Kommunizierenden⁴⁸: Der Normzweck der Vorschrift ist nicht auf Observation gerichtet⁴⁹. Fehlt somit eine Rechtsgrundlage für Standortbestimmungen auf der Grundlage von Aktivmeldungen, so existiert auch keine Verpflichtung, entsprechende Daten zu übermitteln⁵⁰. Eine Abschöpfung von Aktivmeldungen stellt damit keine „gesetzlich vorgesehene Maßnahme“ i.S.d. § 88 Abs. 1 TKG dar, so dass die darüber hinausgehende Vorschrift des § 7 Abs. 1 Nr. 7 TKÜV von der Verordnungsermächtigung des § 88 Abs. 2 S. 2 TKG nicht gedeckt und damit rechtswidrig ist⁵¹.

IV. Weitere rechtlich bedenkliche Vorschriften

Bei einer Reihe von weiteren Vorschriften der TKÜV bestehen Bedenken bezüglich ihrer Rechtmäßigkeit. Darauf kann im Rahmen dieser Abhandlung nicht im Einzelnen eingegangen werden. Erwähnt sei § 12 TKÜV, der umfangreiche Pflichten bezüglich der Entgegennahme der Anordnung durch den Verpflichteten statuiert. Dieses umfangreiche Pflichtenprogramm verursacht einen erhöhten Personalbedarf auf Seiten der Unternehmen und wirkt damit kostentreibend. In diesem Zusammenhang wird vertreten, dass die Normierung der Entgegennahme inhaltlich der StPO, dem G-10 G und dem AWG zuzuordnen ist, nicht aber der TKÜV⁵². § 12 TKÜV wäre danach von der Ermächtigungsgrundlage des § 88 TKG nicht gedeckt. Aus dem gleichen Grund ist auch die Rechtmäßigkeit von § 10 S. 3 TKÜV fraglich, der die Pufferung – gemäß § 4 Nr. 8 TKÜV „die kurzzeitige Zwischenspeicherung von Informationen zur Vermeidung von Informationsverlusten während systembedingter Wartezeiten“ – für zulässig zu erklären scheint. Eine Aufzeichnung von Daten ist jedoch nur auf der Grundlage der Bestimmungen der StPO, des G-10 G und des AWG durch die Ermittlungsbehörden selbst zulässig⁵³.

V. Verfassungsmäßigkeit der Eingriffsermächtigungen

Die Verfassungsmäßigkeit der Eingriffsermächtigungen (§§ 100a, b, g und h StPO, §§ 39 ff. AWG, G-10 G) wird in der Literatur in letzter Zeit verstärkt angezweifelt⁵⁴.

Dabei wird unter anderem darauf hingewiesen, dass einerseits in keinem anderen demokratischen Rechtsstaat so viel Telekommunikation überwacht wird wie in der Bundesrepublik Deutschland („Überwachungsparadies“⁵⁵)⁵⁶ und in den letzten Jahren ein rapider Anstieg der Telekommunikationsüberwachung zu verzeichnen war⁵⁷, andererseits aber nur sehr wenig über die Effektivität der Abhörmaßnahmen und das Ausmaß der Involvierung unbeteiligter Dritter⁵⁸ bekannt ist⁵⁹.

Das Fehlen von entsprechenden tatsächlichen Erkenntnissen ist vor allem vor dem Hintergrund misslich, dass nur auf der Basis derartiger Daten eine verfassungsrechtliche Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der mit den Überwachungsmaßnahmen verbundenen Grundrechtseingriffen erfolgen kann⁶⁰. Der Gesetzgeber ist in diesem Zusammenhang zu einer permanenten Wirksamkeitskontrolle verpflichtet (verfassungsrechtliche Evaluierungspflicht)⁶¹. Diesem Problemkomplex kann aus Platzgründen hier allerdings nicht weiter nachgegangen werden⁶².

44 Ebenso Eckhardt, CR 2001, 670, 677.

45 Eckhardt, CR 2001, 670, 677.

46 Siehe etwa BGH, NJW 2001, 1587; Kleinknecht/Meyer-Goßner (Fn. 34), § 100a Rdnr. 2; Malek/Wohlers (Fn. 34), Rdnr. 422; Lemke, in: Heidelberger Komm. zur StPO, 3. Aufl. 2001, § 100a, Rdnr. 3; Bär, MMR 2000, 472, 473.

47 So zu Recht Eckhardt, CR 2001, 670, 672; ders., DSB 2002, 9 ff., 9; Kudlich, JuS 2001, 1165, 1167 ff.; Schenke, MMR 2002, 8, 10; Weßlau, ZStW 113 (2001), 681, 689 f.; Bernsmann/Jansen, StV 1999, 591 ff. Im Zusammenhang mit dem am 31. 12. 2001 außer Kraft getretenen § 12 FAG so auch Welp, Überwachung und Kontrolle: Telekommunikationsdaten als Gegenstand strafprozessualer Ermittlungen, 2000, S. 30. A. A. für § 100a StPO BGH, NJW 2001, 1587 f. Die Entscheidung des BGH krankt jedoch an einer Reihe von Mängeln, vor allem an einem unzulässigen Schluss von der Reichweite des Schutzbereiches des Art. 10 GG auf die Eingriffsbefugnis nach § 100a StPO. Näher dazu Kudlich, JuS 2001, 1165, 1167 ff.; Eckhardt, CR 2001, 386, 387; Bernsmann, NSZ 2002, 103 ff., 103 f.; Weßlau, ZStW 113 (2001), 681, 689 f. Kritisch auch Kleinknecht/Meyer-Goßner (Fn. 34), § 100a Rdnr. 2 („nicht unbedenkliche Ausweitung der Vorschrift“).

48 Vgl. Kudlich, JuS 2001, 1165, 1167 ff. Auch eine historische Auslegung spricht für die hier vertretene Auffassung, siehe dazu näher Bernsmann, NSZ 2002, 103, 104.

49 Weßlau, ZStW 113 (2001), 681, 690; Malek/Wohlers (Fn. 34), Rdnr. 425.

50 Diesen Zusammenhang betont zu Recht Schenke, MMR 2002, 8, 10.

51 Schenke, MMR 2002, 8, 10.

52 Eckhardt, CR 2001, 670, 677.

53 Eckhardt, CR 2001, 670, 674 Fn. 32.

54 Vgl. nur Pernice, DuD 2002, 207, 211. Zum G-10 G (vor der Novelle vom 26. 6. 2001, oben Fn. 3) vgl. BVerfGE 100, 313 ff.; Kahlo, KritV 1997, 183, 185 f.; Staff, KJ 1999, 586 ff.

55 So Fox, DuD 2002, 194 ff., 194.

56 Fox, DuD 2002, 194; Kloepfer, K&R 2001, 545 ff., 545.

57 Kloepfer, K&R 2001, 545, 549; Bizer, in: Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2001, Art. 10 Rdnr. 158 f.

58 Vgl. dazu Kahlo, KritV 1997, 183, 184 Fn. 4.

59 Fox, DuD 2002, 194; Bizer, DuD 2002, 216 ff.; ders., in: Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein (Fn. 57), Art. 10 Rdnr. 111; Pernice, DuD 2002, 207, 211. Abhilfe soll eine vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i. Br. zu erstellende Studie mit dem Titel „Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach §§ 100a, 100b StPO“ schaffen, deren Fertigstellung sich aber immer weiter verzögert (siehe BT-Drucks. 14/7270, S. 5; 14/7008, S. 8). Die von Jeserich, in: Holznagel/Nelles/Sokol, Die neue TKÜV, 2002, S. 63, 71 f., angegebenen Zahlen sind unbrauchbar, da die Bewertungskriterien und die Basisdaten nicht hinreichend deutlich sind, so auch die Bewertung von Bizer, DuD 2002, 216, 219 Fn. 15.

60 Pernice, DuD 2002, 207, 211.

61 Bizer, in: Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein (Fn. 57), Art. 10 Rdnr. 106 ff.; Groß, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Komm. zum GG, 2000, Art. 10, Rdnr. 60 m. w. N.

62 In diesem Zusammenhang ist noch kurz auf die „Convention on Cybercrime“ des Europarates hinzuweisen (der Vertragstext ist im www unter dem URL: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/CadreListeTraites.htm> abrufbar), die weitreichende Überwachungspflichten der Vertragsstaaten vorsieht. Die Bundesrepublik Deutschland hat die Konvention unter-

VI. Verfassungsmäßigkeit der Kostentragungspflicht

1. Einführung

Nach wie vor verfassungsrechtlich umstritten ist der Umstand, dass die allgemeinen Investitionskosten für die Schaffung der technischen Überwachungseinrichtungen sowie die laufenden Kosten hierfür den Betreibern der Telekommunikationsanlagen aufgebürdet werden⁶³. Rechtsdogmatisch handelt es sich dabei um eine Indienstnahme Privater⁶⁴ für öffentliche Aufgaben⁶⁵. Entgegen einem verbreiteten Missverständnis ergibt sich die Kostentragungspflicht nicht erst aus der Formulierung „auf eigene Kosten“ in § 88 Abs. 1 TKG, sondern bereits aus dem Umstand, dass sich weder im TKG noch in anderen Rechtsvorschriften eine Entschädigungsvorschrift findet. Auch ein allgemeiner Ausgleichsanspruch für die Indienstnahme Privater für öffentliche Aufgaben existiert nicht⁶⁶. Insoweit ist § 88 Abs. 1 TKG damit lediglich deklaratorisch⁶⁷.

2. Indienstnahme Privater am Maßstab von Art. 12 Abs. 1 GG i. V.m. Art. 3 Abs. 1 GG

Die Indienstnahme Privater zu staatlichen Zwecken wird vom BVerfG in erster Linie als Berufsausübungsregelung nach Art. 12 Abs. 1 GG i. V.m. Art. 3 Abs. 1 GG gemessen⁶⁸. Bei der Prüfung von Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG wird in der Literatur zum Teil unmittelbar auf die vom BVerfG zur Zulässigkeit von Sonderabgaben herausgebildeten Grundsätze zurückgegriffen⁶⁹.

Diese finanzverfassungsrechtlichen Kriterien sind auf den Problembereich der Indienstnahme Privater allerdings nicht ohne weiteres übertragbar, da sie vor dem Hintergrund des Schutzes der bundesstaatlichen Finanzverfassung entwickelt worden sind⁷⁰. Gleichwohl erscheint es sachgerecht, bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Kostentragungspflicht entscheidend auf das Kriterium der Sach- und Verantwortungsnähe abzustellen, das auch bei der finanzverfassungsrechtlichen Beurteilung von Sonderabgaben herangezogen wird⁷¹. Letztlich entscheidend ist, ob sich ein sachlicher Grund finden lässt, der es rechtfertigt, dass die entstehenden Kosten nicht der Allgemeinheit auferlegt werden⁷².

Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch der Gedanke der Wettbewerbsneutralität. So betonte das BVerfG im Erdölbevorratungsbeschluss, dass Berufsausübungsregelungen nicht nur dann verfassungswidrig sein können, wenn sie in ihrer generellen Wirkung auf die betroffene Berufsgruppe den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzen⁷³. Berufsausübungsregelungen müssen auch die Ungleichheiten berücksichtigen, die typischerweise innerhalb des Berufs bestehen, dessen Ausübung geregelt wird⁷⁴. Werden durch eine Berufsausübungsregelung, die im Ganzen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist, innerhalb der betroffenen Berufsgruppe nicht nur einzelne, aus dem Rahmen fallende Sonderfälle, sondern bestimmte Gruppen typischer Fälle ohne zureichende sachliche Gründe wesentlich stärker belastet, dann kann Art. 12 Abs. 1 GG i. V.m. Art. 3 Abs. 1 GG verletzt sein⁷⁵.

Ratio des § 88 TKG ist die technische Ermöglichung der Überwachung von Telekommunikationsvorgängen. Diese gilt als nötig, um Straftaten aufzuklären und verhindern und um Angriffe auf die freiheitlich demokratische Grundordnung abwehren zu können. In einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt verfügt der Staat nicht selbst über die Telekommunikationsinfrastruktur, um diese überwachen zu können. Er ist folglich auf die Mitwirkung der Betreiber angewiesen.

Dies gilt im gleichen Maße für Internet Service Provider: Mit zunehmender Verbreitung des Internets wird das Medium auch vermehrt für illegale Zwecke genutzt, so dass auch hier eine effektive Strafverfolgung möglich sein muss. Eine solche Heranziehung Privater zur Erfüllung originär staatlicher Aufgaben ist grundsätzlich zulässig⁷⁶ und in einer auf freiem Unternehmertum ruhenden Wirt-

zeichnet, bisher (16. 4. 2002) aber nicht ratifiziert. Vgl. zum Ganzen *Kloepfer*, K&R 2001, 545, 551.

63 Für die im Rahmen einer Überwachungsmaßnahme konkret zu erbringenden Maßnahmen steht den Telekommunikationsunternehmen ein pauschalierter Entschädigungsanspruch nach § 17 a des Gesetzes über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen (BGBl. I 1969, 1756) zu, siehe dazu näher *Friedrich* (Fn. 33), S. 144–147; *Haß*, in: *Manssen* (Fn. 34), § 88 TKG Rdnr. 2 f. Wenn im Folgenden von „Kosten“ die Rede ist, bezieht sich dies nur auf die Investitions- und Unterhaltungskosten, nicht aber auf die konkreten Kosten einer Überwachungsmaßnahme.

64 Siehe für die Abgrenzung zu sonstigen denkbaren Rechtsfiguren *Scholz*, ArchPT 1995, 169, 177.

65 Allgemeine Auffassung, siehe nur *Friedrich* (Fn. 33), S. 156; *Ehmer*, in: *Büchner et al.* (Fn. 11), § 88 Rdnr. 44.

66 BVerfGE 30, 292, 311; *Plewa*, Die Verfassungsmäßigkeit der Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben am Beispiel des Gesetzes über Mindestvorräte an Erdölzerzeugnissen vom 9. 9. 1965 i. d. F. vom 4. 9. 1975, Diss. Speyer 1978, S. 201 ff. Auch der öffentlich-rechtliche Aufopferungsanspruch kommt zumindest dann nicht in Betracht, wenn man mit der Rspr. und Teilen der Lit. die in Art. 12 GG geschützten Rechtsgüter nicht in den Schutzbereich dieses Anspruchs einbezieht, siehe BVerfG, NVwZ 1998, 271, 272; BGH, NJW 1990, 3260, 3261; NJW 1994, 1468; NJW 1994, 2229 f.; *Rüfner*, in: *Erchsen* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 48, Rdnr. 83. Für eine Einbeziehung dieser Rechtsgüter etwa *Schenke*, NJW 1991, 1777, 1781 f.; *Ferger*, Ausgleichsansprüche bei der Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, Diss. Köln 1979, S. 235 f. et passim.

67 *Trute*, in: *Trute/Spoerr/Bosch* (Hrsg.), TKG mit FTG, 2001, § 88 Rdnr. 7.

68 BVerfGE 22, 380, 383; 30, 292, 312; 68, 155, 170; 85, 329, 334. Dieser Ansatz wird auch in der Lit. vertreten, siehe nur *Badura*, in: *Schmidt-Alßmann* (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1999, Abschnitt 3 Rdnr. 78; *Friedrich* (Fn. 32), S. 180 ff.

69 *Ehmer*, in: *Büchner et al.* (Fn. 11), § 88 Rdnr. 51; *Wächter*, *VerwArch* 1996, 68, 76 f.; *Scholz*, ArchPT 1995, 169, 183 ff.

70 *Friedrich* (Fn. 33), S. 173 f.; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 1, 4. Aufl. 1999, Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 196; *Haß*, in: *Manssen* (Fn. 34), § 88 TKG Rdnr. 41; *Hansen-Oest*, in: *Wiechert/Schmidt/Königshofen* (Hrsg.), Telekommunikationsrecht der Bundesrepublik Deutschland, § 88 TKG (Stand: April 2000), Rdnr. 16.

71 *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 70), Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 196; *Ritgen*, in: *Menzel* (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, 2000, S. 175, 176; *Hansen-Oest*, in: *Wiechert/Schmidt/Königshofen* (Fn. 70), § 88 TKG Rdnr. 16.

72 In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass in der Rspr. des BVerfG die Kostentragungspflicht nicht isoliert von der Indienstnahme untersucht wird, siehe die Prüfung in BVerfGE 22, 380, 383 ff.; 30, 292, 310 ff.; 85, 329, 334 ff. Für eine solche einheitliche Prüfung spricht, dass die Kostentragungspflicht in der Regel ein essentieller Bestandteil der gesetzlich auferlegten Aufgabe ist und als solche maßgeblich das Ausmaß der Belastung und damit der Zumutbarkeit der Lastenauflegung bestimmt, siehe dazu *Friedrich* (Fn. 33), S. 158. Für eine getrennte Prüfung hingegen etwa *Ehmer*, in: *Büchner et al.* (Fn. 11), § 88 Rdnr. 51.

73 BVerfGE 30, 292, 327.

74 BVerfGE 30, 292, 327.

75 BVerfGE 25, 236, 251; 30, 292, 327.

76 BVerfGE 30, 292, 311; BVerfGE 95, 188, 197. Für die hier interessierende Frage der Heranziehung von Telekommunikationsanlagenbetreibern: *Ehmer*, in: *Büchner et al.* (Fn. 11), § 88 Rdnr. 47.

schaftsordnung häufig die einzige Möglichkeit, staatlichen Aufgaben nachzukommen⁷⁷. Dem entspricht es, dass die deutsche Rechtsordnung eine ganze Reihe von Fällen kennt, in denen durch die Begründung von Handlungs- oder Leistungspflichten öffentliche Aufgaben auf Private abgewälzt werden⁷⁸.

Indem § 88 TKG eine effektive Strafverfolgung und die Abwehr von Angriffen auf die freiheitlich demokratische Grundordnung zu ermöglichen sucht, werden originär hoheitliche Ziele verfolgt⁷⁹. Grundsätzlich sind solche Aufgaben von der Allgemeinheit zu finanzieren⁸⁰.

a) Vorhersehbarkeit staatlicher Regelungen

Ein rechtfertigender Grund für die Übertragung der Kostenlast könnte jedoch darin liegen, dass jedenfalls die „klassischen“ Telekommunikationsunternehmen schon immer auch für das Ermöglichen von Überwachung zuständig waren⁸¹. Vom BVerfG wird dieses Kriterium der Vorhersehbarkeit grundsätzlich anerkannt⁸², wenn es die Indienstnahme Privater verfassungsrechtlich zu beurteilen gilt. Bis zur Liberalisierung des Telekommunikationssektors war das Betreiben von Telekommunikationsanlagen hoheitliche Tätigkeit. Das Problem der Kostentragungspflicht stellte sich damit nicht, half hier doch lediglich ein Hoheitsträger im Wege der Amtshilfe einem anderen Hoheitsträger. Hinzu kommt, dass der gesamte Telekommunikationssektor insgesamt noch verhältnismäßig jung ist. Dies gilt insbesondere für den Internet-Bereich. Folglich kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Telekommunikationsüberwachung „schon immer“ zum Tätigkeitsbereich eines Internet Service Providers gehört⁸³. Der Gedanke der Vorhersehbarkeit staatlicher Maßnahmen trägt jedenfalls bei der noch verhältnismäßig jungen Internetbranche nicht als Grund für eine Indienstnahme.

b) Tätigkeit auf einem Gefahrengebiet

Im Erdölbevorratungsbeschluss hat das BVerfG zudem den Gedanken herangezogen, dass die dort betroffenen Unternehmen in einem Bereich tätig waren, dem Gefahrensituationen nicht fremd sind⁸⁴. Deutlicher unter dem Aspekt der Gleichbehandlung findet sich dieser Gedanke auch in der Rechtsprechung zu Sonderabgaben, wenn das BVerfG eine Sachnähe zwischen der betroffenen Gruppe und dem bezweckten Ziel fordert⁸⁵.

Übertragen auf den Telekommunikationssektor müsste dieser besonders anfällig für Straftaten und staatsfeindliche Aktivitäten sein. In diesem Zusammenhang ist zu konstatieren, dass Telekommunikationseinrichtungen und das Internet in verstärktem Maße auch von Straftätern genutzt werden⁸⁶. Exemplarisch seien nur die Organisation von Drogengeschäften über Mobiltelefone sowie die Verbreitung rassistischen oder kinderpornographischen Materials über das Internet genannt.

Diese Nutzung allein kann jedoch noch nicht ausreichendes Kriterium sein. Auch andere Bereiche des Wirtschaftslebens werden von Straftätern genutzt – so fahren Terroristen Taxi und Bankräuber Fahrrad, ohne dass hieraus eine besondere Verpflichtung von Taxiunternehmen oder Fahrradproduzenten abgeleitet werden könnte. Vielmehr muss gerade dem spezifischen Sektor eine besondere Gefährlichkeit anhaften – so sind Waffen anders als

Werkzeuge besonderen Regelungen unterworfen⁸⁷. Diese Gefährlichkeit muss über die Tatsache hinausgehen, dass sich ein Gegenstand oder ein Medium *auch* für Verbrechen zweckentfremden lässt. Die Tätigkeit von Internet Service Providern besteht ausschließlich in der Bereitstellung und Unterhaltung einer Infrastruktur, über die Kommunikationsvorgänge einfach abgewickelt werden können. Dieses Verhalten ist insoweit neutral⁸⁸. Erst der Inhalt der Kommunikation kann ein Problem sein. Für diesen trifft die Infrastrukturbetreiber aber keine Verantwortung – eine Kenntnisnahme des Inhalts ist ihnen sogar nach § 85 Abs. 1, 2 TKG verboten.

Allerdings könnte eine besondere Verantwortlichkeit aus der Tatsache herzuleiten sein, dass Straftätern die Begehung ihrer Taten durch die Möglichkeiten des Internets erleichtert wird⁸⁹. Dabei würde aber verkannt, dass hier *allgemein* die Kommunikation erleichtert wird, also *auch* Straftätern. Etwas anderes würde erst gelten, wenn sich das Medium *besonders* für rechtswidrige Aktivitäten eignen würde. Dies ist jedoch nicht der Fall⁹⁰.

Der Telekommunikationssektor ist demnach weder ein „Gefahrengebiet“ noch besteht eine besondere Sachnähe zwischen den Telekommunikationsanlagenbetreibern und den mit ihrer Infrastruktur begehbaren rechtswidrigen Handlungen⁹¹. Eine besondere Verantwortlichkeit als Grund für die Belastung der betroffenen Unternehmen kann daher mit diesem Gedanken nicht begründet werden.

77 BVerfGE 30, 292, 311.

78 Beispielhaft genannt seien etwa die Pflicht zum Anbringen von Warnhinweisen auf Tabakverpackungen (dazu BVerfGE 95, 173, 187); die Pflicht zur unentgeltlichen Beförderung von Schwerbehinderten (dazu BVerfGE 68, 155, 167); die umfangreichen Pflichten des Arbeitgebers bei der Abführung der Lohnsteuer der Arbeitnehmer (§ 39b EStG, siehe dazu BFHE 77, 408; Gallwas, BayVBl. 1971, 245, 248 f.), sowie der Pflichten-katalog des Gesetzes über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (BGBl. I 1993, 1770) für Institute i. S. v. § 1 Abs. 4 dieses Gesetzes.

79 So allgemein für die „öffentliche Sicherheit“: Scholz, in: FS Friauf, 1996, S. 439, 444.

80 Scholz, in: FS Friauf, (Fn. 79), S. 439, 445. Für die hier in Frage stehenden Kosten der Telekommunikationsüberwachung auch: Martina, ArchPT 1995, 105, 108.

81 Darauf stellen ab: VG Köln, DuD 2000, 423, 427; Friedrich (Fn. 33), S. 187 ff.

82 BVerfGE 30, 292, 325 f.; BVerfG, NJW 1981, 329, 333.

83 Dementsprechend versagt hier auch die „Tropfentheorie“ von Manssen, nach der derjenige, der den guten Tropfen nimmt – nämlich die Erlaubnis, im Telekommunikationssektor Geld zu verdienen –, auch den schlechten Tropfen – nämlich die Kosten für die Überwachung – akzeptieren muss. Vgl. Manssen, ArchPT 1998, 236, 242; Friedrich (Fn. 33), S. 187 ff. Vgl. dazu auch Waechter, VerwArch 1996, 68, 94.

84 BVerfGE 30, 292, 325 f.

85 BVerfGE 67, 256, 276; 82, 159, 180.

86 Hieraus leiten dann auch Hansen-Oest, in: Wiechert/Schmidt/Königshofen (Fn. 70), § 88 TKG Rdnr. 19, Haß, in: Manssen (Fn. 34), § 88 TKG Rdnr. 47, eine besondere Verantwortlichkeit der Betreiber ab. Waechter, VerwArch 1996, 68, 82, meint sogar, diese Technik würde Straftätern eine „Tarnkappe“ zur Verfügung stellen.

87 Vgl. vor allem die Vorschriften des Waffengesetzes (BGBl. I 1976, 432), besonders die §§ 7 ff. und §§ 28 ff. WaffenG. § 42 WaffenG sieht dabei eine Sicherungspflicht des Erlaubnisinhabers auch gegen Missbrauch durch Dritte vor.

88 Vgl. auch Weßlau, ZStW 113 (2001), 681, 703.

89 Haß, in: Manssen (Fn. 33), § 88 TKG Rdnr. 46 f.; Waechter, VerwArch 1996, 68, 82, 95.

90 In diesem Sinne auch: Scholz, in: FS Friauf (Fn. 78), S. 439, 452; ders., ArchPT, 1995, 169, 185; Weßlau, ZStW 113 (2001), 681, 703.

91 Vgl. Ehmer, in: Büchner et al. (Fn. 11), § 88 TKG Rdnr. 53.

c) Gruppennützlichkei

Ein sachlicher Unterschied zwischen den Telekommunikationsnetzbetreibern bzw. Internet Service Providern und der Allgemeinheit kann jedoch dadurch zu Stande kommen, dass die erstgenannte Gruppe in besonderer Weise von der Telekommunikationsüberwachung profitiert oder jedenfalls nicht in besonderer Weise belastet wird. So kann die Indienstnahme Privater etwa dadurch gerechtfertigt sein, dass mit der Belastung eine gruppenspezifische Begünstigung verbunden ist⁹². Im Flugsicherheitsgebühren-Urteil argumentiert das BVerwG, das Interesse an Sicherheit im Luftverkehr sei zwar ein allgemeines, dennoch profitierten Fluggäste in besonderer Weise hiervon⁹³. Mit einem ähnlichen Ansatz arbeitet das BVerfG auch bei der Indienstnahme Privater, wenn es etwa im Erdölbevorratungs-Beschluss argumentiert, die betroffenen Unternehmen seien ohnehin gezwungen, Vorratshaltung zu betreiben, um nicht Schwankungen im Markt ausgeliefert zu sein⁹⁴. Seine Rechtfertigung findet die Ungleichbehandlung hier also in einer Art „erzwungener Selbsthilfe“⁹⁵. Übertragen auf die Telekommunikationsunternehmen und insbesondere die Internet-Branche müssten diese also ein besonderes Interesse – oder wenigstens ein eigenes Interesse – an der Überwachung der Telekommunikation haben.

Solange Straftäter den Unternehmen als „normale“ Kunden gegenüber treten, besteht jedoch kein Interesse der Unternehmen, sie hieran zu hindern oder zu überwachen⁹⁶. Überspitzt formuliert ist auch der Terrorist solange ein guter Kunde, wie er das geforderte Entgelt bezahlt. Selbst wenn ausschließlich Straftäter die Telekommunikationsinfrastruktur nutzen, hätte der Anbieter hierdurch keinen Nachteil. Lediglich um Imageschäden zu vermeiden, kann ein Interesse von Telekommunikationsunternehmen bestehen, dem „Missbrauch“ ihrer Infrastruktur entgegen zu wirken. Das Überwachungsinteresse der Telekommunikationsnetzbetreiber und insbesondere der Internet Service Provider geht aber nicht über das irgendeines beliebigen Unternehmens in einer beliebigen Branche hinaus.

Für die Indienstnahme Privater hat das BVerfG schließlich auf den Gesichtspunkt abgestellt, dass durch die Indienstnahme keine zusätzlichen Tätigkeiten anfielen⁹⁷. Auch dieser Gedanke trägt hier nicht, da den hier betroffenen Unternehmen die Überwachung der Telekommunikation aus eigenem Antrieb ausdrücklich verboten ist (§ 85 Abs. 3 TKG).

d) Abwälzung auf die Verbraucher

Weiterführend für die Bestimmung der Angemessenheit einer unentgeltlichen Indienstnahme der Anlagenbetreiber ist die Frage, ob und inwieweit den betroffenen Telekommunikationsanlagenbetreibern nach der gesetzlichen Regelung die Möglichkeit verbleibt, die durch die Indienstnahme zusätzlich entstandenen Kosten über die Preise auf die Kunden abzuwälzen⁹⁸. In diesem Fall verbleibt nämlich die finanzielle Belastung nicht bei den betroffenen Unternehmen, sondern wird als allgemeines Kostendatum über die Preise diffus auf die Kunden verteilt⁹⁹. Auf diesen Gesichtspunkt hat auch das BVerfG in seinem Erdölbevorratungsbeschluss abgestellt: Das Gericht stellte fest, dass das Gesetz über Mindestvorräte

an Erdölzeugnissen eine Abwälzung der Bevorratungskosten über den Preis auf den Verbraucher nicht verhindert¹⁰⁰. Die Argumentation der Beschwerdeführerin, die Wettbewerbslage auf dem Mineralölmarkt gestatte den Importeuren keine Abwälzung der Bevorratungskosten, wies das BVerfG mit dem Hinweis zurück, die situationsbedingte und prinzipiell variable Marktlage sei kein geeignetes Kriterium für die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes¹⁰¹.

Weder das TKG noch andere Rechtsvorschriften untersagen die Weiterleitung der Kosten auf den Endverbraucher. Auch die Entgeltregulierungsvorschriften der §§ 24 ff. TKG – die ohnehin nur die Entgelte marktbeherrschender Unternehmen betreffen – stehen einer Abwälzung der Kosten auf den Verbraucher nicht entgegen¹⁰². Wegen der rechtlich nicht behinderten Möglichkeit der Weiterleitung der Überwachungskosten auf den Verbraucher besteht vorliegend ein die Kostentragungspflicht rechtfertigender Grund. Die Kostentragungspflicht ist daher *als solche* verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden¹⁰³.

Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der Kostentragungspflicht ergeben sich jedoch, wenn man – mit der

92 BVerfGE 55, 274.

93 BVerwGE 95, 188, 200 ff. Die gegen dieses Urteil gerichtete Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen, siehe BVerfG, NVwZ 1999, 176 f. Im Bereich der Luftverkehr ist diese Argumentation – entgegen Scholz, in: FS Friauf (Fn. 78), S. 439, 451 – auch überzeugend (so auch Ronellenfisch, VervArch 86 [1995], 307, 322): Ohne die entsprechenden Kontrollen würde sich wohl kaum jemand der Gefahr einer Flugreise aussetzen, vgl. hierzu Ehmer, in: Büchner et al. (Fn. 11), § 88 TKG Rdnr. 58. Ferner profitieren auch die betroffenen Luftfahrtunternehmen von den Kontrollen, vgl. dazu ausführlich BVerfG, NVwZ 1999, 176, 177; Gramm, in: Sacksofsky/Wieland (Hrsg.), Vom Steuerstaat zum Gebührenstaat, 2000, S. 179, 181.

94 BVerfGE 30, 292, 325.

95 BVerfGE 18, 315, 328; vgl. auch Friauf, in: FS Jahrreiß, 1974, S. 45, 54.

96 Ehmer, in: Büchner et al. (Fn. 11), § 88 TKG Rdnr. 58.

97 BVerfGE 68, 155, 172.

98 Haß, in: Manssen (Fn. 34), § 88 TKG Rdnr. 45; Friedrich (Fn. 33), S. 178 f.; Berg, in: FS Scupin, 1983, S. 519, 533; Riepen, Die Rechtsstellung des Arbeitgebers im Lohnsteuerabzugsverfahren, 1966, S. 80. Vgl. auch BVerfG, NVwZ 1999, 176, 177; VG Köln, DuD 2000, 423, 427. Vgl. aber auch Hansen-Oest, in: Wiechert/Schmidt/Königshofen (Fn. 70), § 88 TKG, Rdnr. 20.

99 Friedrich (Fn. 33), S. 178. Sub specie Art. 3 Abs. 1 GG könnte dies wiederum dann verfassungsrechtlich bedenklich sein, wenn kein sachlicher Grund dafür ersichtlich ist, letztendlich statt der Gesamtheit der Steuerzahler die Kunden der Telekommunikationsanbieter mit den Kosten zu belasten. Diese Frage muss vorliegend jedoch nicht weiter untersucht werden, da zumindest für den Bereich der Festnetztelefonie, aber wohl auch bereits für den Bereich des Mobilfunks die beiden genannten Gruppen hinsichtlich ihrer Mitglieder nicht signifikant voneinander abweichen, so auch Friedrich (Fn. 33), S. 179 Fn. 235. Vgl. auch Hansen-Oest, in: Wiechert/Schmidt/Königshofen (Fn. 70), § 88 TKG Rdnr. 20.

100 BVerfGE 30, 292, 326. Vgl. auch BVerfG, NVwZ 1999, 176, 177.

101 BVerfGE 30, 292, 326. Im Ergebnis ebenso Plewa (Fn. 66), S. 173 f., der zwar verlangt, dass die Kosten nicht nur *rechtlich*, sondern auch *tatsächlich* an die Verbraucher weitergegeben werden können, für diese Frage aber darauf abstellt, ob außerhalb des Einflussbereichs der Pflichten liegende Hindernisse vorhanden sind, welche die Kostenweitergabe von vornherein ausschließen. Können ein Teil der Kosten „aus Gründen der Konkurrenzfähigkeit“ nicht abwälzbar sein, liege dies im Einflussbereich der Pflichten.

102 A. A. Gramlich, NJW 1997, 1400, 1404, der aber nicht begründet, warum im „Rahmen der Entgeltregulierung nach §§ 23 ff. TKG [...] dieser Aspekt schwerlich berücksichtigt werden [dürfte]“.

103 Im Ergebnis so auch Friedrich (Fn. 33), S. 179 f.; Manssen, ArchPT 1998, 236, 242; Haß, in: Manssen (Fn. 34), § 88 TKG Rdnr. 49; Hansen-Oest, in: Wiechert/Schmidt/Königshofen (Fn. 70), § 88 TKG Rdnr. 22 f. A. A. Ehmer, in: Büchner et al. (Fn. 11), § 88 TKG Rdnr. 54; Scholz, ArchPT 1995, 169, 187.

oben dargestellten Rechtsprechung des BVerfG – Art. 3 Abs. 1 GG in die Prüfung einer Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG einbezieht¹⁰⁴. Die tatsächliche Kostenlast stellt sich für Betreiber eines Festnetzes, für Mobilfunknetzbetreiber und Internet Service Provider höchst unterschiedlich dar: Internet Service Provider haben durch die Auferlegung der unentgeltlichen Umsetzungspflicht *typischerweise*¹⁰⁵ mit ungleich höheren wirtschaftlichen Belastungen als Betreiber eines Festnetzes zu rechnen¹⁰⁶. Hierbei spielen in erster Linie technische Unterschiede eine Rolle. Anders als die klassische analoge Festnetztelefonie basiert das Internet auf paketvermittelten Diensten. Das heißt, es ist nicht einfach möglich, die gesamte Information „vom Draht“ abzuzweigen¹⁰⁷. Vielmehr muss die Information zunächst aus den einzelnen Paketen zusammengesetzt werden. Hierfür ist es notwendig, jedes Paket, welches übermittelt wird, zunächst darauf zu kontrollieren, ob es zu den relevanten Informationen zählt oder nicht. Hierfür sind spezielle Router zur Filterung nötig.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass im herkömmlichen Telefoniefestnetz bereits Abhörschnittstellen vorhanden sind. Diese sind zu Zeiten geschaffen worden, als noch ein Fernmeldemonopol des Bundes bestand und Telekommunikationsdienstleistungen hoheitlich erbracht wurden. Damit entstehen im gesamten Bereich des ehemals zur Deutschen Bundespost gehörenden Festnetzes geringere zusätzliche Kosten für Abhöreinrichtungen. Im Gegensatz zum Festnetzbereich müssen solche Abhörschnittstellen bei Internet Service Providern erst entwickelt und implementiert werden. Indem Internet Service Provider – im Vergleich zu Festnetztelefoniebetreibern – einen höheren finanziellen Beitrag zum Ermöglichen einer effektiven Strafverfolgung leisten müssen, liegt eine Ungleichbehandlung vor.

Als sachlicher Grund für diese Ungleichbehandlung kommt lediglich die unterschiedliche Technik in Betracht. Gerade in Bezug auf die Belange der Strafverfolgung ist es jedoch unerheblich, welche Technik zur Übermittlung von Informationen verwendet wird. In beiden Fällen ist die Tätigkeit, was Gefahren anbelangt, neutral¹⁰⁸. Anknüpfungspunkt für eine Ungleichbehandlung bei den Kosten kann folglich gerade nicht die unterschiedliche Technik sein. Andere Anknüpfungspunkte für eine Ungleichbehandlung sind nicht ersichtlich. Somit liegt unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung ein Grundrechtsverstoß vor.

Eine entsprechende Schlussfolgerung drängt sich auch für die ungleiche Belastung von Mobilfunknetzbetreibern auf. Diesen entstehen im Rahmen der Überwachung des Telekommunikationsverkehrs ebenfalls deutlich höhere Kosten als Festnetzbetreibern. Dies liegt vor allem darin begründet, dass im Mobilfunkbereich die Implementierung einer Überwachungsmöglichkeit im Vergleich zu drahtgebundenen Telekommunikationssystemen technisch erheblich aufwendiger und damit deutlich teurer ist¹⁰⁹. Auch insoweit liegt daher ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG vor.

3. Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1 GG

Weiter kommt eine Verletzung der Telekommunikationsanlagenbetreiber in ihren Grundrechten aus Art. 14 Abs. 1 GG in Betracht¹¹⁰. Das BVerfG nimmt die Abgren-

zung zwischen den Grundrechten der Berufsfreiheit und der Eigentumsgarantie nach dem Schwerpunkt des Eingriffs vor: Greift ein Akt der öffentlichen Gewalt eher in die Freiheit der individuellen Erwerbsfähigkeit ein, so ist der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG betroffen, begrenzt er mehr die Innehabung und Verwendung vorhandener Vermögensgüter („das Erworbenene“), so kommt Art. 14 Abs. 1 GG in Betracht¹¹¹. Da die Indienstnahme nach Ansicht des BVerfG an Art. 12 Abs. 1 GG gemessen wird, scheidet nach dieser Rechtsprechung eine Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG aus. Doch selbst wenn man vorliegend Art. 14 Abs. 1 GG eine eigenständige Bedeutung einräumen möchte¹¹², kann die Beurteilung nicht anders als bei Art. 12 GG ausfallen, da es sich um das gleiche Sachproblem handelt.

VII. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

Die Betreiber einer Telekommunikationsanlage sind unter den Voraussetzungen der Eingriffsermächtigungen der StPO, des G-10 G und des AWG stets dazu verpflichtet, eine Überwachung im Einzelfall zu ermöglichen. Die TKÜV vermag an dieser Verpflichtung nichts zu ändern. Auch die Frage, ob und inwieweit der Datenaustausch im Internet überwacht werden darf, beantwortet sich nicht nach der TKÜV.

Der Ordnungsgeber hat die Ausnahmemöglichkeit des § 88 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 TKG nicht vollständig ausgeschöpft. § 7 Abs. 1 Nr. 7 TKÜV enthält eine von den Eingriffsnormen nicht gedeckte und damit unzulässige Ausweitung des Überwachungsumfangs. Die Indienstnahme von Telekommunikationsunternehmen für die Zwecke der Strafverfolgung ist insoweit verfassungswidrig, als Internet Service Providern und Mobilfunknetzbetreibern in diesem Zusammenhang ungleich höhere Überwachungskosten aufgebürdet werden als Festnetzbetreibern.

104 Da auch Internet Service Provider Telekommunikationsanlagen betreiben, können sie hier als Teil der Berufsgruppe „Telekommunikationsanlagenbetreiber“ begriffen werden (vgl. auch *Friedrich* [Fn. 33], S. 165). Ist man hingegen der Auffassung, Internet Service Provider bildeten eine eigene Berufsgruppe, so wäre Art. 3 Abs. 1 GG isoliert – also nicht zusammen mit Art. 12 Abs. 1 GG – zu prüfen. Auswirkungen auf das Ergebnis der Prüfung hat dies nicht.

105 Auf dieses Merkmal stellte BVerfGE 30, 292, 327, ab.

106 Vgl. auch *Summa*, in: *Holzner/Nelles/Sokol* (Fn. 59), S. 23, 29 ff.

107 Vgl. *Koch*, K&R 2002, 120, 125.

108 Siehe bereits oben unter VI.2. b.

109 *Friedrich* (Fn. 33), S. 148 f.; *Scholz*, ArchPT 1995, 168, 169; *Waechter*, VerwArch 1996, 68 ff., 68.

110 Allerdings ist zu beachten, dass es für das Betreiben von Telekommunikationsanlagen nicht entscheidend ist, in wessen Eigentum sich die betreffende Telekommunikationsanlage befindet (siehe *Friedrich* [Fn. 33], S. 151 f.). Für Betreiber von Telekommunikationsanlagen, die diese etwa nur gemietet haben, käme insofern Art. 14 GG allenfalls unter dem Gesichtspunkt des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs in Betracht, dessen Einbeziehung in den Schutzbereich des Art. 14 GG jedoch nach wie vor umstritten ist (skeptisch etwa BVerfGE 51, 193, 221 f., siehe auch BVerfGE 74, 129, 148).

111 BVerfGE 30, 292, 335; BVerfG, NJW 1992, 36, 37. So auch BGH, NJW 1990, 3260, 3262; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 6. Aufl. 2002, Art. 12 Rdnr. 3; *Sachs*, Verfassungsrecht II, 2000, B 14, Rdnr. 55; *Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 14 Rdnr. 38.

112 In diesem Sinne etwa *Ehmer*, in: *Büchner et al.* (Fn. 11), § 88 TKG Rdnr. 63 f. Generell für eine eigenständige Bedeutung von Art. 14 GG in Fällen einer Indienstnahme Privater etwa *Plewa* (Fn. 66), S. 180 f.