



**Die Neuregelung zur Auslandskopfüberwachung gemäß § 4 TKÜV
auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand**

*) Der vorliegende Text dokumentiert die wesentlichen Teile des im Auftrag des VATM erarbeiteten Gutachtens. Einige Passagen, die vertrauliche Detailinformationen des VATM bzw. einzelner Telekommunikationsunternehmen betreffen, wurden aus Datenschutzgründen entfernt. Dies betrifft insbesondere den Bereich der Zulässigkeitsüberlegungen.

***) Der besondere Dank des Verfassers gilt Frau Rechtsreferendarin Catharina Hübner, die sich mit großem Interesse und Einsatz an der Vorbereitung des Gutachtens beteiligt hat.

**Die Neuregelung zur Auslandskopfüberwachung gemäß § 4 TKÜV
auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand**

*Gutachten im Auftrag des VATM
(modifizierte Fassung*)*

MICHAEL KILCHLING**

Inhalt

1. Einleitung
 - 1.1. Die Einführung der Auslandskopfüberwachung
 - 1.2. Rechtstatsächlicher und rechtspolitischer Kontext
 2. Verfassungsrechtliche Prüfung
 - 2.1. Formelle Rechtmäßigkeit
 - 2.1.1. *Fehlerhafte Notifizierung*
 - 2.1.2. *Formelle Rechtmäßigkeit im übrigen*
 - 2.2. Materiellrechtliche Prüfung
 - 2.2.1. *Verpflichtung zur Auslandskopfüberwachung gem. §§ 3 u. 4 TKÜV-neu*
 - 2.2.2. *Die derzeitige Regelung zum Kostenersatz gem. § 110 TKG / § 23 JVEG*
 - 2.2.2.1. *Infrastrukturkosten*
 - 2.2.2.2. *Kosten für die Durchführung der einzelnen Überwachungsmaßnahmen*
 - 2.2.2.3. *Zwischenergebnis*
 - 2.2.3. *Verstoß gegen das Völkerrecht (Art. 25 GG)?*
 - 2.3. Verfahrensrechtliche Prüfung
 3. Ergebnis
- Literaturverzeichnis
- Anhang 1: Chronologie zur TKÜV
- Anhang 2: Chronologie zum TKG
- Anhang 3: Synopse TKÜV-alt (2002) versus TKÜV-neu (2005)
- Anhang 4: Dokumentation österreichische Überwachungskostenverordnung

1. Einleitung

1.1. Die Einführung der Auslandskopfüberwachung

Die Auslandskopfüberwachung (im Weiteren: AKÜ) bezeichnet eine bestimmte Konstellation *inländischer* Telekommunikationsüberwachung (im Weiteren TKÜ), die Verbindungen von unbekanntem Anschlüssen im Inland zu einem bestimmten Anschluss im Ausland erfassen soll. Die AKÜ unterscheidet sich von der bislang praktizierten TKÜ dadurch,

- dass die Ermittlungsbehörden, i.d.R. mangels Kenntnis einer Anschlusskennung, nicht an einem bestimmten Anschluss im Inland ansetzen können und
- stattdessen einen bestimmten – bekannten – Zielanschluss im Ausland überwachen möchten¹.

Damit soll den deutschen Ermittlungsbehörden die TKÜ – genauer gesagt: die *unmittelbare Überwachungshoheit* – auch in solchen Fällen ermöglicht werden, in denen der inländische Anschluss, der eigentliches Ziel der Überwachung sein soll, nicht bekannt ist und stattdessen lediglich eine im Ausland belegene Anschlusskennung als Anknüpfungspunkt für die Überwachung haben. Unmittelbares Überwachungsobjekt ist also zunächst der ausländische Anschluss, mittelbares – und eigentliches – Überwachungsziel hingegen der aufgrund der Maßnahme erst zu identifizierende inländische Anschluss. (Nur) in diesen Fällen soll die TKÜ künftig nicht mehr im Wege der Rechtshilfe im Ausland ansetzen, sondern noch im Inland, und zwar an den Übergangspunkten (Netzknoten) zwischen in- und ausländischem Verkehr, den sog. Auslandsköpfen².

Rechtsgrundlage der Auslandskopfüberwachung ist § 4 Abs. 2 in Verbindung mit § 3 Abs. 2 Satz 2 TKÜV-neu ("Netzknoten, die der Vermittlung eines öffentlich zugänglichen Telefondienstes ins Ausland dienen"). Ihre Zulässigkeit, und damit der eigentliche Anwendungsbereich, richtet sich nach den allgemeinen Rechtsgrundlagen der TKÜ; dies sind insbes. die §§ 100a und b StPO, §§ 3, 5 und 8 G10, §§ 23a ff. des Zollfahndungsdienstgesetzes sowie die (einige) Landespolizeigesetze³.

Nach § 4 TKÜV-alt war die Überwachung von Telekommunikation für den Fall, dass sich der überwachte Anschluss ("das von der zu überwachenden Person genutzte Endgerät") im Ausland befindet, mit Ausnahme von Fällen des Roamings⁴ ausdrücklich ausgeschlossen ("ist nicht zu erfassen"). Nach der Änderung von 2005 sieht § 4 Abs 2 TKÜV-neu nunmehr genau

¹ Vgl. BT-Drucks. 15/5199, 2 (Frage 1).

² Siehe zu den technischen Vorgängen zusammenfassend Tiedemann 2005, 858ff.

³ Vgl. § 1 Nr. 1a bis d TKÜV-neu.

⁴ § 4 TKÜV-alt; diese Bestimmung wurde in § 4 Abs. 1 TKÜV-neu übernommen und um die Um- oder Weiterleitung an inländische Speichereinrichtungen erweitert. Durch diese sachliche Erweiterung wird klargestellt, dass neben dem Roaming auch Voice-/Mailboxen, SMS, MMS, etc. der regulären TKÜ, nicht aber der AKÜ unterfallen.

das Gegenteil vor: "Die Telekommunikation ist [...] in den Fällen zu erfassen, in denen sie von einem berechtigten Stellen nicht bekannten Telefonanschluss herrührt und für eine in der Anordnung angegebene ausländische Rufnummer bestimmt ist"⁵. Das bedeutet konkret, dass die Übergabepunkte (Auslandsköpfe) künftig überwachungstauglich sein und damit eine technische Eigenschaft aufweisen müssen, die sie bis dahin gerade nicht haben durften.

Bezogen auf die Pflichten der TK-Unternehmen bedeutet dies, dass auf der Grundlage der alten Fassung des § 4 Hard- und Software implementiert werden musste, die die fraglichen Gespräche *nicht erfasst*. Die neue Fassung bestimmt nunmehr, dass zum 1.2.2007 Hard- und Software einsatzfähig sein muss, die solche Gespräche *erfassen* kann⁶. Die frühere Fassung hatte vorgesehen, dass die technischen Einrichtungen zur TKÜ spätestens ab dem 1. Januar 2005 verfügbar zu sein hatten. Im ungünstigsten Falle kann dies für ein betroffenes TK-Unternehmen bedeuten, dass die zum Einsatz ab dem 1. Januar 2005 neu angeschaffte Hard- und Software bereits nach 25 Monaten abgeschrieben oder, sofern dies technisch überhaupt möglich ist, neu konfiguriert werden muss. Dies bringt in jedem Fall erhebliche Neuinvestitionen innerhalb eines sehr kurzen Zeitraumes, gegebenenfalls auch den Verlust noch nicht abgeschriebenen Betriebsvermögens mit sich.

Die Bestimmung des § 30 Abs. 1 Satz 2, wonach Betreiber von Anlagen gem. § 3 Abs. 2 Satz 2 die erforderlichen Überwachungseinrichtungen ab dem 1.2.2007 vorzuhalten haben, ist i.ü. ein wichtiges Merkmal für die spätere Zulässigkeitsprüfung (Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde). Denn aufgrund dieser konkreten Umsetzungsfrist ergibt sich erst die unmittelbar gegen die Verordnung gerichtete Klagemöglichkeit. Denn es bedarf insoweit keines weiteren Umsetzungsaktes mehr. Dass die Unternehmen ein Bußgeld oder gar einen Lizenzentzug riskieren, um sich damit (zunächst) den ordentlichen Rechtsweg zu eröffnen, kann nicht ernstlich verlangt werden⁷.

Das vorliegende Gutachten überprüft die Verfassungsmäßigkeit der mit der Einführung dieser neuartigen Ermittlungsmaßnahme verbundenen Verpflichtungen und finanziellen Belastungen der TK-Anbieter. Im Anhangsteil des Gutachtens werden ergänzend die Chronologie des Änderungsprozesses der TKÜV⁸ und die Chronologie zum TKG einschließlich der späteren Änderungsentwürfe⁹ präsentiert sowie in einer Synopse die alte und die neue Fassung des

⁵ Damit werden nur Fälle erfasst, in denen der inländische Anrufer sog. A-Teilnehmer, der ausländische B-Teilnehmer ist; vgl. auch *Tiedemann* 2005, 861. In dem ursprünglichen Entwurf war auch noch die umgekehrte Konstellation mit erfasst: "Telekommunikation in Fällen, in denen den Ermittlungsbehörden der im Inland gelegene Anschluss, von dem die zu überwachende Kommunikation ausgeht, oder der Ziel der zu überwachenden Kommunikation ist, nicht bekannt ist [...]"; vgl. Entwurf vom 30.4.2003.

⁶ Die Frist ergibt sich aus § 30 Abs. 1 Satz 2.

⁷ Siehe dazu unten unter Pkt. 2.3.(a).

⁸ Siehe Anhang 1.

⁹ Siehe Anhang 2.

TKÜV auszugsweise auch im Wortlaut gegenübergestellt¹⁰. Ergänzend wird schließlich die neue österreichische Überwachungskostenverordnung dokumentiert¹¹.

1.2. Rechtstatsächlicher und rechtspolitischer Kontext

Vor der ausführlichen verfassungsrechtlichen Prüfung ist die neue Maßnahme, in der gebotenen Kürze, in den größeren rechtstatsächlichen und rechtspolitischen Kontext zu stellen, soweit dies für die nachfolgende verfassungsrechtliche Beurteilung von Bedeutung ist.

Mit der Einführung der AKÜ wird der Katalog der bisher verfügbaren TKÜ-Maßnahmen um eine neue, in ihrer Reichweite signifikante erweiterte Variante der TKÜ ergänzt. Sämtliche TKÜ-Maßnahmen, die in der operativen Hoheit der deutschen Strafverfolgungsbehörden lagen, setzten, wenn auch in verschiedener rechtlicher Ausgestaltung und auf der Grundlage unterschiedlicher Rechtsgrundlagen, bislang ausschließlich an inländischen Anschlüssen an. Abhörmaßnahmen mit Auslandsbezug wurden hingegen ausschließlich im Wege der Rechtshilfe umgesetzt. Im Hinblick auf ihre Auslandsbezogenheit kann die AKÜ daher – auch wenn sich die Zulässigkeit nach den bisherigen, unverändert gebliebenen Rechtsgrundlagen richtet – rechtlich als *neuartige, eigenständige Abhörmaßnahme*¹² qualifiziert werden. Auch die Bundesregierung spricht selbst von einem *aliud* zu der bisherigen rechtshilfebasierten Auslandsüberwachung¹³.

Mit dieser Änderung wird der Anwendungsbereich der operativ in Deutschland durchgeführten TKÜ erweitert. Die dadurch ab 2007 zu erwartenden Anordnungen zur AKÜ stellen damit einen weiteren Anwendungsbereich dar, der von den betroffenen Unternehmen zusätzlich zu den bisherigen Überwachungen bewältigt werden muss. Der zu erwartende Zuwachs an Überwachungsanordnungen trifft die Unternehmen in einer Situation, die schon seit den frühen 1990er Jahren durch einen signifikanten Anstieg gekennzeichnet ist. Nach einer Studie des MPI hat zwischen 1990 und 2002 alleine die Zahl der Maßnahmen gem. § 100a StPO um etwa 770 % zugenommen¹⁴; nach der neuesten Pressemitteilung der Bundesnetzagentur hat sich die Zahl seither noch einmal nahezu verdoppelt¹⁵.

Wie sich aus der Entwicklung der Anordnungszahlen in *Schaubild 1* ergibt, musste man in den Beratungen zum Telekommunikationsgesetz¹⁶ in den Jahren 1995 und 1996¹⁷ von einem

¹⁰ Siehe Anhang 3.

¹¹ Siehe Anhang 4.

¹² *Reinel* 2006, 206. Die dortige Beschreibung als strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme erscheint im Hinblick auf die anderen Rechtsgrundlagen der TKÜ allerdings zu eng.

¹³ BT-Drucks. 15/5199, 6 (Frage 19).

¹⁴ *Albrecht/Dorsch/Krüpe* 2003; *Krüpe-Gescher* 2005; siehe auch *Schaubild 1*.

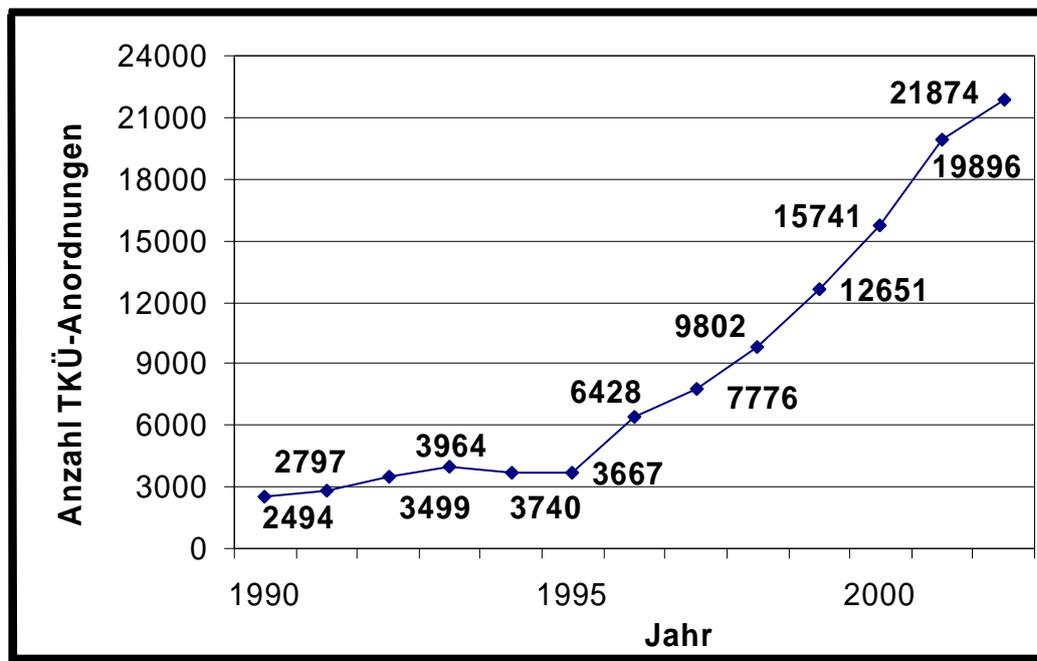
¹⁵ Siehe *Schaubild 2*.

¹⁶ Ursprungsfassung des TKG i.d.F. vom 25. Juli 1996, BGBl. I, S. 1120.

¹⁷ Siehe zur Entstehungsgeschichte des TKG BT-Drucks. 13/3609 sowie ausführl. *Scholz* 1995, *Schuster* in *Büchner et al.* 2000, § 1 Rn. 19ff.

TKÜ-Aufkommen von weniger als 4.000 Anordnungen pro Jahr ausgehen, wobei damals sogar ein temporärer, ganz leichter rückläufiger Trend zu beobachten war. Dass sich die Zahl der Fälle seitdem stetig nach oben bewegt und in nur zehn Jahren in etwa verzehnfacht hat, war zum damaligen Zeitpunkt sicherlich nicht vorhersehbar.

Schaubild 1: Entwicklung der TKÜ-Anordnungen (1990 bis 2002)*



*) Nur §§ 100a und b StPO. *Quelle:* MPI für ausländisches und internationales Strafrecht (Albrecht/Dorsch/Kriipe 2003, 29).

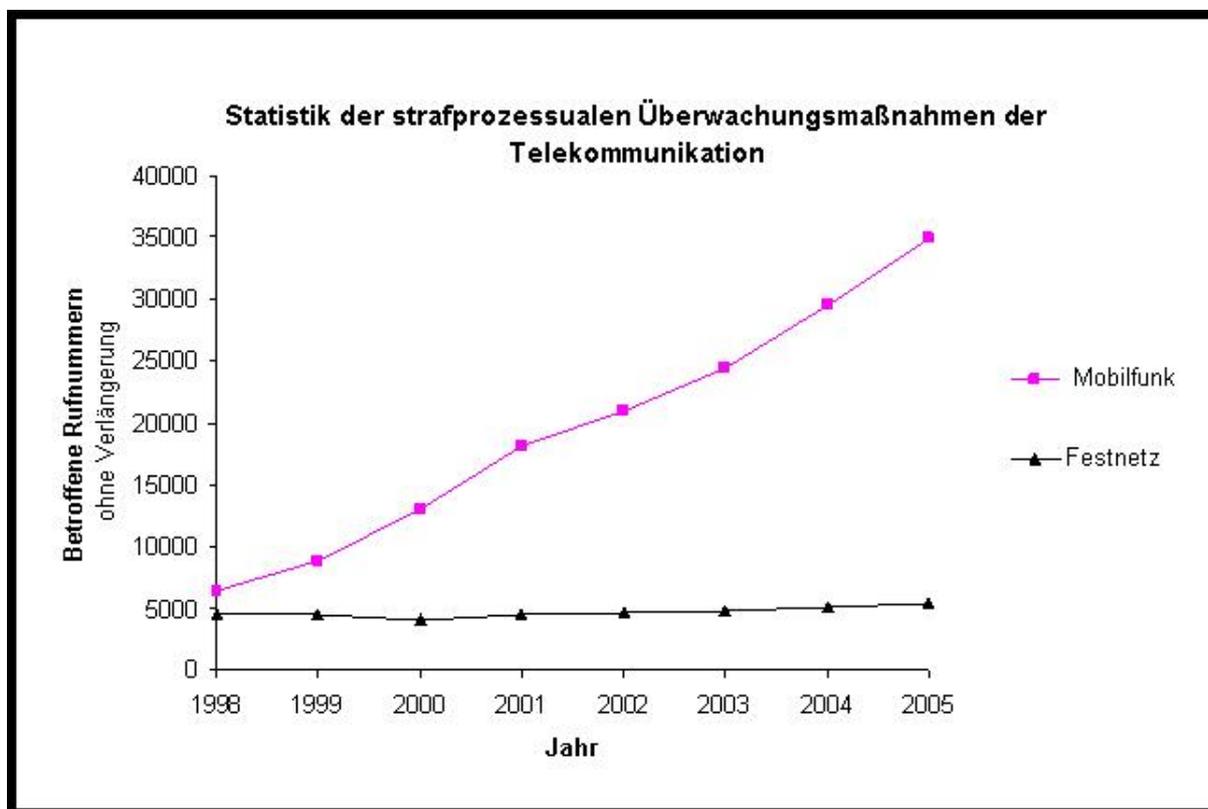
Diese Entwicklung macht deutlich, dass sich die TKÜ seit Beginn der 1990er Jahre nicht nur quantitativ verändert hat. Aus der Perspektive der zur Durchführung dieser Maßnahmen verpflichteten Unternehmen indiziert dieser Anstieg inzwischen auch einen qualitativen Sprung¹⁸. Nachdem sich bis in die jüngste Zeit keinerlei Abflachung des Zunahmetrends andeutet (siehe insbesondere auch *Schaubild 2*), wird sich der Aufwand für die Unternehmen durch die AKÜ – auch wenn deren konkretes Fallpotenzial vorab nur sehr schwer eingeschätzt werden kann – weiter intensivieren. Mit dieser zusätzlichen Belastung der TKÜ-Unternehmen könnte ein Gesamt-Belastungsniveau erreicht sein, dessen mögliche verfassungsrechtliche Relevanz auch unter dem Begriff der "kumulativen Belastung" diskutiert wird¹⁹. Gemeint sind damit Fallkonstellationen, in denen die konkrete Wirkung einer Maßnahme durch eine andere verstärkt wird und beide erst durch die gleichzeitige Wirkung grundrechtserheblich kumulieren. Auch das BVerfG erkennt in der GPS-Entscheidung inso-

¹⁸ Ähnlich argumentiert *Kloepfer 2002*, Rn. 257.

¹⁹ Vgl. hierzu *Kirchhof 2006*.

weit erstmals die Figur eines "additiven Grundrechtseingriffs" an²⁰; explizit angewandt hat es sie bislang freilich noch nie. Dogmatisch gesicherte Maßstäbe zur Prüfung einer solchen Gesamtlast existieren daher nicht.

Schaubild 2: Entwicklung der TKÜ-Anordnungen, nach betroffenen Mobil- und Festnetzanschlüssen



Quelle: Bundesnetzagentur, Pressemitteilung vom 27.4.2006.

Mit der Übertragung dieser neuen Variante der TKÜ mit Auslandsbezug werden faktisch zugleich die Kosten, die im Kontext der Rechtshilfe bislang von der Staatskasse zu tragen waren²¹, als zusätzliche Kostenlast auf die TK-Unternehmen übertragen.

Eine von WIK-Consult im Auftrag des Bundeswirtschaftsministeriums durchgeführte Studie zu den rechtlichen Rahmenbedingungen der TKÜ in den G7-Staaten hat ergeben, dass die TK-Unternehmen außer in Japan und Deutschland zumeist recht umfassend für die entstandenen Kosten entschädigt werden²². Dies betrifft regelmäßig die tatsächlich anfallenden Überwachungskosten (Frankreich, Italien, Vereinigtes Königreich, USA). Darüber hinaus werden

²⁰ BVerfG, NJW 2005, 1338, 1341.

²¹ Art. 21 des EU-Rechtshilfeübereinkommens: Rechtsakt des Rates vom 29. Mai 2000 über die Erstellung des Übereinkommens – gemäß Art. 34 der Verträge über die Europäische Union – über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union (2000/C 197/01); ABl. C 197 vom 12.7.2000, S. 1.

²² WIK-Consult 2003.

zumeist auch die Investitionskosten erstattet (Frankreich, UK, USA²³), zumindest anteilig (Italien²⁴). In Kanada müssen die Unternehmen die technische Grundausstattung (sog. 'basic intercept capability') auf eigene Kosten sicherstellen; Kosten für notwendige Änderungen an bereits bestehenden Systemen sollen die Unternehmen allerdings auch dort nicht selbst tragen²⁵. Nach diesem Prinzip wären die Kosten für die erforderliche Umrüstung der Hard- und Software auf die AKÜ sicherlich ebenfalls erstattungsfähig.

Die immer häufigere Inanspruchnahme privater Unternehmen für Zwecke der Strafverfolgung ist i.ü. nicht nur im Bereich der TKÜ zu beobachten. Besonders betroffen hiervon ist insbesondere auch der Bankensektor²⁶. Das ist nicht nur "staatliche Bürokratie auf Kosten Privater"²⁷, sondern muss im Kontext einer größeren, allgemeinen Entwicklung hin zur Einbeziehung der Zivilgesellschaft in die Herstellung von Sicherheit gesehen werden²⁸. Die Banken und ihre Angestellten sind im Zuge der immer umfangreicheren Geldwäschekontrolle zu "staatlich verpflichteten Observanten" geworden²⁹. Dass es freilich grundlegende Unterschiede zwischen dem Telekommunikations- und dem Bankensektor gibt, wird im Zuge dieses Gutachtens ebenfalls dargestellt werden³⁰.

2. Verfassungsrechtliche Prüfung

2.1. Formelle Rechtmäßigkeit

Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit ergeben sich bereits im Hinblick auf die formelle Rechtmäßigkeit der TKÜV-neu.

2.1.1. Fehlerhafte Notifizierung

Aus der Chronologie des Verordnungsgebungsverfahrens zur Änderung der TKÜV im Hinblick auf die Einführung der Auslandkopffüberwachung ergibt sich, dass die Notifizierungsbestimmungen für technische Vorschriften gemäß der EU-Richtlinie 83/189/EWG vom 28. März 1983³¹, ersetzt durch die Richtlinien 98/34/EG vom 22. Juni 1998³² sowie 98/48/EG

²³ Nach einem Bericht des Federal Bureau of Investigation vom April 2004 wurden den Carriern bis dahin rund 500 Mio. US-\$ an Investitionskosten für Hard- und Software ausbezahlt:
<http://www.usdoj.gov/oig/reports/FBI/a0419/intro.htm>

²⁴ Zu dem dortigen Stufenkonzept, das primär einen steuerlichen Ausgleich vorsieht, *WIK-Consult* 2003, 38.

²⁵ *WIK-Consult* 2003, 90.

²⁶ Vgl. hierzu bereits *Werner* 1996.

²⁷ *Schaap* 2004.

²⁸ Siehe dazu grundlegend *Albrecht* 2003.

²⁹ *Sommer* 2005, 329. *Hamm* 2001, 3101 spricht noch pointierter von "Zwangsrekrutierung".

³⁰ S.u. Pkt. 2.2.2.1.(c).

³¹ Richtlinie 83/189/EWG des Rates vom 28. März 1983 über Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABl. L 109 vom 26.4.1983, S. 8, geändert durch die Richtlinien 88/182/EWG (ABl. L 81 vom 26.3.1988, S. 75), 90/230/EWG (ABl. L 128 vom 18.5.1990, S. 15),

vom 20. Juli 1998³³ (Informationsrichtlinie) nicht eingehalten wurden. Das Notifizierungsverfahren bei der EU-Kommission wurde von der Bundesregierung Anfang 2005 auf der Basis des Regierungsentwurfs vom 13.12.2004 initiiert. Am 12.8.2005 wurde der Entwurf jedoch abermals abgeändert (§§ 3 u. 4 TKÜV-neu, vgl. BR-Drucks. 631/05). Am 8.11.2005 ist die TKÜV sodann in der geänderten Fassung gem. BR-Drucks. 631/05 verkündet worden, ohne dass die fraglichen Änderungen zuvor notifiziert worden wären³⁴.

(a) Fraglich ist, ob sich hieraus eine formelle Rechtswidrigkeit der fraglichen Bestimmungen begründen lässt. Traditionell bezieht sich dieser Prüfungsschritt auf das rechtmäßige Zustandekommen eines Gesetzes bzw. einer Verordnung nach inländischem Recht. Während aber beispielsweise Österreich die EU-Informationsrichtlinie in einem eigenen Notifikationsgesetz umgesetzt hat³⁵, existiert eine bundesrechtliche Vorschrift, die das formale Vorgehen in Bezug auf EU-rechtliche Notifizierungspflichten allgemeinverbindlich regeln würde, hierzulande bislang nicht. Auch die Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien³⁶ enthält – anders als beispielsweise die GGO des Landes Brandenburg³⁷ – keine entsprechenden Bestimmungen³⁸. Damit fehlt eine innerstaatliche Rechtsnorm, deren Verletzung zu formellen Rechtswidrigkeit führen könnte.

(b) Eine Unwirksamkeit könnte sich daher nur aus **allgemeinen europarechtlichen Grundsätzen** ergeben. Dem Grundsatz nach ist heute weithin³⁹ anerkannt, dass europäisches Gemeinschaftsrecht direkt zugunsten individueller Grundrechtsträger wirken kann. Materieller

92/400/EWG (ABl. L 221 vom 6.8.1992, S. 55), 94/10/EG (ABl. L 100 vom 19.4.1994, S. 30, berichtigt in ABl. L 247 vom 28.9.1996, S. 46), 96/139/EG (ABl. L 32 vom 10.2.1996, S. 31).

³² Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABl. L 204 vom 21.7.1998, S. 37.

³³ Richtlinie 98/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juli 1998 zur Änderung der Richtlinie 98/34/EG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABl. L 217 vom 5.8.1998, S. 18.

³⁴ Für weitere Details siehe auch die Chronologie zur TKÜV in Anhang 1.

³⁵ Österr. Notifikationsgesetz (NotifG) 1999, BGBl. I Nr. 183/1999 vom 19.8.1999:

http://www.internet4jurists.at/gesetze/bg_notifg01.htm; in § 2 Abs. 3 NotifG wird eine weitgehend mit Art. 8 Abs. 1 Unterabs. 3 der Richtlinie identische Pflicht zur erneuten Notifizierung bei wesentlichen Änderungen eines Gesetz- oder Verordnungsentwurfs statuiert. Auf der Grundlage dieses Gesetzes hat der österr. Verfassungsgerichtshof 2005 eine technische Verordnung wegen unterlassener Änderungsnotifizierung aufgehoben; österr. VerfGH, Erkenntnis vom 6.9.2005, Az. V87/04.

³⁶ Gemeinsame Geschäftsordnung für Bundesministerien (GGO) vom 26. Juli 2000: http://www.staat-modern.de/Anlage/original_948046/Gemeinsame-Geschaeftsordnung-der-Bundesministerien.pdf

³⁷ § 65a sieht – entsprechend den Vorgaben aus Art. 8 Abs. 1 der EU-Informationsrichtlinie – vor, dass ein Gesetzentwurf, der im Laufe der Beratungen hinsichtlich seiner bereits notifizierten Teile wesentliche Änderungen erfährt, der EU-Kommission zur erneuten Notifizierung zuzuleiten ist; Gemeinsame Geschäftsordnung für die Ministerien des Landes Brandenburg (GGO) vom 6. September 1994: http://www.landesrecht.brandenburg.de/sixcms/detail.php?gsid=andbb_lds_test_eval01.c.6569.de

³⁸ Lediglich das Handbuch der Rechtsförmigkeit des Bundesministeriums der Justiz enthält entsprechende Hinweise; vgl. *Bundesministerium der Justiz* 1999, Rn. 313ff. Diese haben aber lediglich Empfehlungscharakter.

³⁹ Vgl. *Streinz* 2005, Rn. 444ff., 451f.; a.A. *Hillgruber* in *Umbach/Clemens* 2002, Art. 2, Rn. 194ff.

Anknüpfungspunkt hierfür ist **Art. 2 Abs. 1 GG**. "Verfassungsmäßige Ordnung" ist insoweit weit auszulegen im Sinne eines allgemeinen Rechtsvorbehaltes. Ein solcher ist weitergehend als ein Gesetzesvorbehalt im engeren Sinne⁴⁰. Er schließt neben dem primären grundsätzlich auch das sekundäre EG-Recht ein, soweit es nicht gegen den Kernbestand der grundgesetzlichen Ordnung verstößt oder das in den Gemeinschaftsverträgen festgelegte Integrationsprogramm überschreitet⁴¹. Eine europarechtswidrige deutsche Regelung könnte danach die allgemeine Handlungsfreiheit der Betroffenen unzulässig einschränken⁴². Aufgrund des Anwendungsvorranges des EG-Rechts haben Behörden und Gerichte die einschränkende deutsche Rechtsnorm dann außer Anwendung zu lassen. Dies gilt nicht ausschließlich für Verordnungen, sondern in besonderen Fällen auch für Richtlinien, obwohl diesen grundsätzlich keine unmittelbare Rechtswirkung zukommt⁴³.

(c) In der sog. "CIA Security International"-Entscheidung aus dem Jahre 1996⁴⁴ hat der EuGH der EU-Informationsrichtlinie ausdrücklich eine solche *unmittelbare Drittwirkung* zugesprochen. Danach sind die nationalen Gerichte gehalten, Verstöße gegen diese Richtlinie zu berücksichtigen. Drittwirkung in diesem Sinne bedeutet nicht nur, dass Verfahrensverstöße für die nationalen Gerichte grundsätzlich beachtlich sind. Die Drittwirkung soll darüber hinaus auch unmittelbar insoweit sein, dass die betroffenen Bürger entsprechende Verstöße auch gerichtlich geltend machen können⁴⁵. Diese zwingende Unwirksamkeitsfolge leitet der EuGH aus dem sog. '*effet utile*'-Grundsatz her, mit dessen Hilfe Effektivität und Einheitlichkeit des Gemeinschaftsrechts erreicht werden sollen⁴⁶. Darüber hinaus soll die Drittwirkung aber auch Sanktionswirkung gegenüber den Mitgliedsstaaten entfalten: bei Nichtbeachtung der Notifizierungspflicht sehe die Rspr. des EuGH daher zwingend die Sanktion der Unwirksamkeit der nicht mitgeteilten Regelung gegenüber dem Bürger vor⁴⁷.

Die unmittelbare Geltung von EU-Richtlinien erkennt dem Grundsatz nach auch das deutsche Verfassungsgericht an. So billigte auch das BVerfG in dem sog. Nachtarbeitsurteil⁴⁸ dem (primären und sekundären) Gemeinschaftsrecht für den Fall der Kollision zwischen innerstaatlichem und gemeinschaftlichem Recht ausdrücklich einen Anwendungsvorrang zu⁴⁹. Zu beachten ist dabei freilich, dass sich die diesbezügliche Rspr. des BVerfG bislang ausschließlich auf materielle Inkongruenzen zwischen europäischem und nationalem Recht

⁴⁰ *Lege* 2002, 754.

⁴¹ *Murswiek* in *Sachs* 1999, Art. 2, Rn. 89.

⁴² *Dreier* in *Dreier* 1996, Art. 2, Rn. 43.

⁴³ Vgl. *Streinz* 2005, Rn. 433ff.

⁴⁴ Urteil vom 30.4.1996 – C-194/94, *EuZW* 1996, S. 379.

⁴⁵ Zum Ganzen *Streinz* 2005, Rn. 444ff.

⁴⁶ Siehe dazu *Streinz* 2005, Rn. 444 u. 453.

⁴⁷ *Streinz* 1999, 600.

⁴⁸ BVerfG, *NJW* 1992, S. 964.

⁴⁹ Siehe auch *Bethge* in *Maunz* 2005, § 90 Rn. 121.

bezieht. Fraglich ist, ob dies auch auf bloße Verfahrensverstöße im Vorbereitungsstadium einer Verordnung im Sinne der EU-Informationsrichtlinie übertragbar ist. Denn ein inhaltlicher Kollisionsfall im Sinne des Nachtarbeitsurteils liegt eigentlich nicht vor⁵⁰. Bezogen auf das innerstaatliche Verfassungsrecht ist jedenfalls anerkannt, dass prinzipiell auch Zuständigkeits-, Verfahrens- und Formvorschriften Grundrechtsrelevanz entfalten können. Für die weitere Prüfung soll die Übertragbarkeit daher unterstellt werden.

(d) Nach den vom EuGH aufgestellten Grundsätzen bleiben nicht notifizierte technische Vorschriften zwar in Geltung, dürfen aber nicht angewendet werden. Nicht entschieden wurde bislang allerdings, ob *nur unvollständig notifizierte*, d.h. nach der Notifizierung nochmals geänderte Vorschriften, nicht notifizierten im Hinblick auf die rechtlichen Folgen gleichstehen. Die Kommission ist der Ansicht, dass dies bei *wesentlichen Änderungen* tatsächlich der Fall sei. Die Notifizierungspflicht sei das wichtigste Mittel zum Schutz des Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit auf dem Gebiet der Dienste der Informationsgesellschaft. Ihre Missachtung stelle einen groben Formfehler dar, der die Ungültigkeit dieser Vorschriften und ihre Unanwendbarkeit auf einzelne auch bei Verstößen gegen Art. 8 Abs. 1 (dritter Unterabs.) der Informationsrichtlinie nach sich ziehe⁵¹. Nach dieser Vorschrift müssen Mitgliedsstaaten erneut Mitteilung machen, "wenn sie an dem Entwurf einer technischen Vorschrift wesentliche Änderungen vornehmen, die den Anwendungsbereich ändern, den ursprünglichen Zeitpunkt für die Anwendung vorverlegen, Spezifikationen oder Vorschriften hinzufügen oder verschärfen".

Abgesehen von einigen terminologischen und redaktionellen Modifikationen⁵² umfassen die späteren Änderungen auch inhaltliche Abänderungen, die zum einen den Anwendungsbereich, zum anderen die Umsetzung betreffen. Dabei wurde der ursprünglich weiter gefasste Anwendungsbereich gegenüber dem notifizierten Entwurf insoweit eingeschränkt, als die AKÜ explizit auf öffentliche Telefondienste beschränkt und Internetdienste somit ausgenommen wurden (§ 3 Abs. 2 Satz 2 TKÜV-neu). Zusätzlich aufgenommen wurden außerdem die Sätze 2 und 3 in § 4 Abs. 2; von Bedeutung erscheint dabei insbesondere die Verpflichtung, die technische Umsetzung der AKÜ in Abstimmung mit der Bundesnetzagentur zu regeln. Fraglich ist, ob es sich hierbei um notifizierungspflichtige 'wesentliche Änderungen' im Sinne von Art. 8 Abs. 1 (dritter Unterabs.) der Richtlinie handelt.

⁵⁰ *Abele*, EuZW 1998, 571, weist zurecht darauf hin, dass die Art. 8 und 9 der Informationsrichtlinie eher untypische Richtlinienregelungen seien; ihr Gegenstand sei eben nicht – wie sonst zumeist – die Harmonisierung materiellrechtlicher Vorschriften, welche Rechtspositionen zwischen privaten Bürgern ausgestalten, sondern sie konkretisierten ausschließlich Pflichten der Mitgliedstaaten. Er erachtet den "CIA Security International"-Fall daher für ungeeignet, aus dem Versäumnis eines Mitgliedstaats Rechte herzuleiten, die u.U. auch gegenüber Dritten geltend gemacht werden könnten.

⁵¹ Europäische Kommission 1998, 40.

⁵² Vgl. zur Genese der TKÜV-Novelle ausführlich *Tiedemann* 2005, 860.

Zum Begriff der wesentlichen Änderung existiert eine Vielzahl von Definitionen. Diese betreffen ganz verschiedene Rechtsbereiche und variieren, je nach dem inhaltlichen Kontext ihrer Verwendung, teilweise erheblich; sie können daher nicht generell auf die vorliegende Fragestellung übertragen werden. Im europarechtlichen Kontext existiert speziell zur Informationsrichtlinie eine Handreichung der Europäischen Kommission; danach beziehe sich die erneute Notifizierungspflicht gem. Art 8 Abs. 1 (dritter Unterabs.) auf "bedeutende Änderungen, mit denen die Vorschrift hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs, ihres Zeitplans oder ihres Inhalts *verschärft* wird"⁵³. Dies ist eine deutlich engere Auslegung als im Originaltext der Richtlinie. Auch der österr. Verfassungsgerichtshof stellt maßgeblich auf das Verschärfungsmoment ab⁵⁴. In Bezug auf das deutsche Recht findet sich speziell zur Problematik von Verfahrensverstößen im Kontext der Änderung von Verordnungen zuletzt ein Urteil des OVG Lüneburg aus dem Jahr 2000, in dem sich das Gericht mit der Frage befasst hat, wann die Abänderung eines Verordnungsentwurfes während des Verfahrens als wesentlich zu bewerten ist⁵⁵. Dieser Fall ist dem vorliegenden insofern vergleichbar, als es dort um die Frage ging, ob eine konkrete nachträgliche Änderung so wesentlich ist, dass sie eine erneute Anhörung erfordert hätte – eine Fallgestaltung, die der Problematik der Änderungsnotifizierung sehr verwandt ist. Nach Ansicht des Gerichts bestimmt sich die Wesentlichkeit einer Änderung danach, ob die Belange der von der Verordnung Betroffenen *anders oder stärker* als zunächst vorgesehen berührt werden⁵⁶. Danach wäre die Relevanz nicht auf Fälle einer Verschärfung beschränkt. Umgekehrt erreicht aber auch nicht schon jede Verschärfung per se die Schwelle der Wesentlichkeit. Erforderlich erscheint vielmehr eine Gesamtbeurteilung bezogen auf die konkrete Verordnung. In einem ähnlich gelagerten Fall hatte der VGH Kassel die Abänderung einer Naturschutzverordnung insgesamt als unwesentlich erachtet, obwohl dem Verbotskatalog der dort zur Überprüfung stehenden Verordnung ein weiteres Verbot hinzugefügt sowie der Tatbestand für eine Ausnahmeregelung eingeschränkt worden war⁵⁷.

Bei Heranziehung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall könnte man einerseits argumentieren, dass der eigentliche Regelungsinhalt der TKÜV-neu, nämlich die Einführung der AKÜ als neuer Ermittlungsmaßnahme und die Inpflichtnahme der TK-Unternehmen für deren praktische Durchführung, durch die späteren Änderungen nicht entscheidend verändert wurde. Die geänderten Modalitäten, darunter insbesondere die Abstimmungspflicht mit der Bundesnetzagentur, könnten in einer solchen Perspektive als lediglich unwesentliche Detailregelungen erscheinen. Andererseits könnte man mit ebenso guten Gründen zu der

⁵³ Europäische Kommission 1998, 39 (Hervorh. nicht im Orig.).

⁵⁴ S.o. Fn. 35

⁵⁵ OVG Lüneburg, Urteil vom 9.11.2000, NuR 2001, 167ff.

⁵⁶ OVG Lüneburg, aaO., 168. Dies hat das Gericht in dem damaligen Fall mit der Begründung verneint, dass die Verordnung inhaltlich unverändert geblieben und nur ihr räumlicher Geltungsbereich abgeändert worden sei.

⁵⁷ VGH Kassel, Beschluss vom 22.11.1985, NuR 1956, 176f.

Einschätzung kommen, dass die AKÜ-Pflicht nach der Herausnahme des Internet-Bereichs sowohl qualitativ als auch quantitativ in einem wesentlich anderen Licht erscheint als zuvor. Im Ergebnis kann dies aber offenbleiben.

(e) Problematisch ist vorliegend nämlich das Merkmal der Betroffenheit. Diese Prüfung des subjektiven Abwehrgehalts – formal eine Frage der Klagebefugnis – nimmt das BVerfG regelmäßig vor, um die subjektivrechtliche Grundrechtsdimension einfachrechtlicher Rechtswidrigkeitskonstellationen zu bestimmen⁵⁸. Die Verwerfung von materiell an sich verfassungsmäßigem inländischem Recht alleine aus europarechtlichen '*effet utile*'-Erwägungen⁵⁹ oder sogar aus Europarechtskonformität erzwingen sollenden Sanktionsmotiven heraus, wie sie der EuGH mit seiner Rspr. zur unmittelbaren Wirkung der Informationsrichtlinie ganz offensichtlich verfolgt, ist der deutschen Grundrechtsdogmatik fremd und würde einen Bruch mit der bisherigen Rspr. des BVerfG zur Funktion der Grundrechte als Freiheitsrechte bedeuten. Danach ist die Rechtswidrigkeit einer Maßnahme grundrechtlich nur relevant, wenn sie den Grundrechtsträger in seiner eigenen Freiheitssphäre beeinträchtigt. Eine umfassende Gewährleistung des Vorranges höherrangigen Rechts ist nicht Kontrollmaßstab des BVerfG⁶⁰. Um vom subjektiven Abwehrgehalt des Art. 2 Abs. 1 GG umfasst zu sein, muss die EU-rechtliche Bestimmung, gegen die verstoßen wurde, *individuell freiheitsausgestaltend* sein⁶¹. Nach den Erläuterungen der EU-Kommission zur Richtlinie 83/189/EWG soll diese die Transparenz auf dem europäischen Binnenmarkt erhöhen und damit zur Verbesserung des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs durch die Beseitigung technischer Handelshemmnisse beitragen⁶². Sie richtet sich also primär an die Kommission, die Mitgliedstaaten sowie die europäischen und einzelstaatlichen Normungsgremien. Der einzelne Marktbürger kann sich nur dann auf die Richtlinie berufen, wenn durch den Eingriff deren Schutzzweck unterlaufen würde.

Im übrigen hat selbst der EuGH im Fall Lemmens⁶³ der Drittwirkung inzwischen Grenzen gesetzt. Dort ging es um die Frage, ob das Ergebnis einer Blutalkoholkontrolle unter Verwendung eines Alkometers, der den nicht ordnungsgemäß notifizierten technischen Alkometer-Standards der Niederlande entspricht, in einem (inländischen) Strafverfahren verwertet werden darf. Eine Berufung des Angeklagten auf die nach den Grundsätzen der Drittwirkungs-Rspr. des EuGH eigentlich unwirksamen Alkometerrichtlinie hat der Gerichtshof

⁵⁸ Vgl. BVerfGE 96, 375, 398; 99, 1, 8; vgl. auch *Kube* 2003, 461.

⁵⁹ Deutlich kritisch gegenüber einer größtmöglichen Ausschöpfung von EU-Gemeinschaftsbefugnissen, wie sie der EuGH namentlich mit seiner '*effet utile*'-Rspr. fördern möchte, das BVerfG in der Maastricht-Entscheidung, BVerfGE 89, 155, 210.

⁶⁰ Dazu *Kube* 2003, 461f.

⁶¹ *Kube*, aaO., 465.

⁶² Vgl. Bericht der Kommission über die Funktionsweise der Richtlinie 83/189/EWG in den Jahren 1992, 1993 und 1994, S. 3: http://europa.eu.int/comm/enterprise/tris/rebs_1992_94/index_de.pdf

⁶³ EuGH, Urteil vom 16.6.1998 – Rs. C-226/97, EuZW 1998, S. 569; vgl. dazu auch *Streinz* 1999.

ausgeschlossen. Damit soll sich also selbst nach der Ansicht des EuGH eben nicht jedermann auf die Unwirksamkeit berufen können. Dies zeigt zumindest vom Ergebnis her eine gewisse Ähnlichkeit zu der Schutzzweck-Dogmatik des BVerfG⁶⁴. In der Sache selbst erscheint der Ansatz des EuGH freilich eher wie ein halbherziges Lavieren. Die Figur einer relativen Unwirksamkeit, die nur zugunsten bestimmter Adressaten wirken, die Gültigkeit der Vorschrift im übrigen aber unberührt lassen soll, kennt das deutsche Verfassungs(prozess)recht ebenfalls nicht. Auf eine Verfassungsbeschwerde hin kann das BVerfG eine Vorschrift entweder für verfassungsgemäß oder für verfassungswidrig und damit nichtig erklären. Zwischenstufen gibt es nicht. Diese Feststellung kann ausschließlich auf der Grundlage der restriktiveren Beurteilungsmaßstäbe des BVerfG getroffen werden.

Unter Anwendung des Schutzzweck-Prinzips müsste im vorliegenden Fall durch den Notifizierungsverstoß der freie Waren- und Dienstleistungsverkehr für die betroffenen TK-Anbieter betroffen sein. Ein solcher Konnex erscheint auf der Basis der verfügbaren Informationen freilich nur schwer begründbar. Die von Seiten des VATM bzw. einzelner Mitgliedsunternehmen vorgebrachten Argumente beziehen sich im wesentlichen auf die Einführung der AKÜ überhaupt, insbesondere im Hinblick auf die technische Anknüpfung an den Auslandsköpfe. Diese Grundentscheidung war freilich bereits Gegenstand des ordnungsgemäß notifizierten Ursprungsentwurfes. Die Änderung hat den ursprünglich geplanten Umfang der Verpflichtung dann zugunsten der TK-Anbieter eingeschränkt. Dass einzelne TK-Unternehmen aufgrund der generell schlechten Ertragssituation ihren Marktaustritt aus Deutschland erwägen, wird ebenfalls auf die Einführung der AKÜ und die damit verbundene zusätzliche Kostenbelastung zurückzuführen sein, nicht so sehr auf die konkreten nachträglichen Änderungen. Man könnte darüber hinaus auch argumentieren, dass solche wirtschaftlichen Erwägungen vom Transparenzgedanken der Richtlinie geradezu bezweckt sind, der derartige geschäftspolitische Grundsatzentscheidungen ja fördern möchte. Wir empfehlen daher, diesen Gesichtspunkt ebenso wie die darüber hinaus vorgetragenen Argumente der Wettbewerbsverzerrung infolge unterschiedlicher, von der jeweiligen Netzstruktur der einzelnen Carrier abhängiger technischer und somit auch finanzieller Auswirkungen (erst) unter dem materiell-rechtlichen Prüfungspunkt der Ungleichbehandlung zu verwerten (siehe dazu unten Pkt. 2.2.2.1.).

Zielführender könnte möglicherweise ein Abstellen auf die nicht ordnungsgemäß notifizierte zusätzliche Abstimmungspflicht mit der Bundesnetzagentur im Hinblick auf die technische Umsetzung der AKÜ gem. § 4 Abs. 2 S. 2 TKÜV-neu sein. Ob diese zusätzliche Komponente der Zusammenarbeit die auch im übrigen bestehende weitreichende Abstimmungspflicht der TK-Unternehmen mit der Agentur gem. TKG und TKÜV in der Praxis wesentlich erweitert, kann aus der Ferne freilich nur schwer beurteilt werden.

⁶⁴ Ähnlich im Ergebnis auch *Streinz*, aaO.

(f) Zusammenfassend erscheint es fraglich, ob dem Verstoß gegen die EU-Informationsrichtlinie im Rahmen eines Verfassungsbeschwerdeverfahrens tatsächlich Grundrechtsrelevanz mit der Folge der Nichtigkeit der TKÜV-neu zugemessen werden könnte. Die Entscheidung wird im wesentlichen von *vier Wertungsfragen* abhängen, die hier mangels einschlägiger Präzedenzfälle offen geblieben sind bzw. im Ergebnis verneint wurden. Dies betrifft die folgenden Fragen:

- Stehen nur unvollständig notifizierte, d.h. nach der Notifizierung nochmals geänderte Vorschriften, nicht notifizierte im Hinblick auf die vom EuGH anerkannte unmittelbar drittwirkende Unwirksamkeit und die vom Gericht und von der EU-Kommission postulierte Sanktionsfunktion der Informationsrichtlinie gleich?
- Handelt es sich bei den nicht notifizierten Änderungen um 'wesentliche' im Sinne von Art. 8 Abs. 1 (dritter Unterabs.) der Informationsrichtlinie?
- Stehen Verstöße gegen die EU-Informationsrichtlinie tatsächlich dem Fall einer materiellen Kollision zwischen nationalem und europäischem Recht im Sinne der bisherigen Rspr. des BVerfG gleich, mit der Folge eines zwingenden Anwendungsvorranges der europarechtlichen Regelung?
- Ist durch den Notifizierungsverstoß tatsächlich der freie Waren- und Dienstleistungsverkehr bezogen auf die antragstellenden TK-Unternehmen betroffen?

Der letzte Punkt stellt im wesentlichen eine Wertungsfrage dar, die von den individuellen Umständen bei den betroffenen Unternehmen abhängen wird. Die beiden ersten Punkte betreffen hingegen zuallererst europarechtliche Auslegungsfragen, die eventuell sogar eine Vorlagepflicht zum EuGH gem. Art. 234 Abs. 3 EG-Vertrag auslösen könnten. Bislang hat das BVerfG selbst solche Vorlagen freilich stets vermieden⁶⁵.

2.1.2. Formelle Rechtmäßigkeit im übrigen

Andere Gründe, die die formelle Rechtmäßigkeit der TKÜV-neu in Frage stellen könnten, sind nicht ersichtlich.

2.2. Materiellrechtliche Prüfung

2.2.1. Verpflichtung zur Auslandskopfüberwachung gem. § 4 TKÜV

(a) Die Rechtmäßigkeit der Verpflichtung zur Durchführung der Auslandskopfüberwachung ist zunächst am Maßstab des **Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit)** zu prüfen.

⁶⁵ Vgl. dazu *Bergmann* 2005, Rn. 20.

Vorliegend handelt es sich um die Indienstnahme Privater für hoheitliche Zwecke⁶⁶. Eine solche stellt grundsätzlich einen Eingriff in die nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit dar⁶⁷. Dabei bindet das BVerfG nicht nur die Berufswahl-, sondern auch die Berufsausübungsfreiheit an die "strikte Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes"⁶⁸. Zur genaueren Prüfung dieser Verhältnismäßigkeit hat das BVerfG die sog. *Drei-Stufen-Theorie* entwickelt⁶⁹. Danach ist auf der Stufe der Berufsausübungsfreiheit erforderlich, dass es sich um eine zulässige und verhältnismäßige Berufsausübungsregelung handelt.

Zur Zulässigkeit des Vorhabens sind vernünftige und sachgerechte Belange des Gemeinwohls ausreichend⁷⁰. Im Falle der AKÜ geht es, wie bei der TKÜ im allgemeinen, um Belange der Strafverfolgung bzw. der Gefahrenabwehr. Beides sind Zielsetzungen, die nicht nur zulässig sind, sondern sogar Verfassungsrang genießen⁷¹.

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung umfasst sodann die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Was zunächst die Geeignetheit der Maßnahme betrifft, begegnet die Regelung keinen verfassungsrechtlich durchgreifenden Bedenken. Der Gesetzgeber hat bei der Wahl der Mittel regelmäßig einen Ermessensspielraum, den er mit der Festlegung auf die Auslandsköpfe als technischem Anknüpfungspunkt zur Überwachung wohl in zulässiger Weise ausgeübt hat. Er muss nicht die volks- bzw. betriebswirtschaftlich günstigste Lösung wählen⁷². Die technische Anknüpfung an die sog. Auslandsköpfe in § 3 Abs. 2 S. 3 TKÜV-neu erscheint jedenfalls als sachgerechtes, technisch plausibles Kriterium zur Regelung der beabsichtigten AKÜ.

Jedoch kann auch eine abstrakt zulässige Berufsausübungsregelung einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit darstellen. Dies ist vorliegend der Fall. Denn die Erforderlichkeit des Eingriffs ist zu verneinen.

Was die *TKÜ im allgemeinen* – d.h. die *inlandsbezogene* TKÜ – betrifft, so wird regelmäßig auf den Umstand verwiesen, dass die TK-Unternehmen zu der Überwachung des Telekommunikationsverkehrs notwendigerweise herangezogen werden müssen. Nach der vollständigen Privatisierung des Fernmeldewesens hat der Staat keine andere Zugriffsmöglichkeit auf die Telekommunikationsnetze. Mangels eigener Zugriffsmöglichkeiten ist er auf die Mitwirkung der Netzbetreiber angewiesen⁷³. Er darf die Betreiber daher

⁶⁶ Kleszczewski in Säcker 2006, § 110 Rn. 22; Hammerstein 2004, 223.

⁶⁷ Kleszczewski 2006, aaO. (m.w.N.).

⁶⁸ Vgl. BVerfGE 30, 291, 315 (Mineralölbevorratungs-Entscheidung).

⁶⁹ Wieland in Dreier 2004, Art. 12 Rn. 107ff.

⁷⁰ Wieland, aaO., Rn. 118.

⁷¹ Friedrich 2001, 177; Kleszczewski in Säcker 2006, § 110 Rn. 23 (jew. m.w.N.).

⁷² So auch Tiedemann 2005, 864.

⁷³ Kleszczewski in Säcker 2006, § 110 Rn. 23; Hammerstein 2004, 224; Friedrich 2001, 175 (jew. m.w.N.). Zu weitgehend argumentiert Hamm 2001, 3101, dass die mit dem Gewaltmonopol eng verbundene allei-

grundsätzlich für diese dem Grundsatz nach genuin öffentliche Aufgabe nach den Grundsätzen der *Inanspruchnahme Privater* in die Pflicht nehmen⁷⁴.

Ganz anders ist die Ausgangslage bei der AKÜ. Anders als im Kontext der inländischen TKÜ steht den staatlichen Behörden für die auslandsbezogene TKÜ der Rechtshilfeweg über die ausländischen Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung. Diese ist prinzipiell hoheitlich, also ohne Inanspruchnahme der in Deutschland tätigen privaten TK-Anbieter möglich. Diese Variante ist nach der gegenwärtigen Rechtslage zwar kostenintensiver; denn für TK-Überwachungsmaßnahmen, die im Ausland im Wege der Rechtshilfe durchgeführt werden, muss Kostenersatz geleistet werden⁷⁵. Freilich dürfen fiskalische Aspekte bei der Heranziehung Privater kein ausschlaggebendes Kriterium sein⁷⁶. Ferner erscheint der derzeit mit der TKÜ durch die Privaten verbundene Kostenvorteil für die öffentliche Hand temporär; wie wir im Weiteren darstellen werden, lässt sich die derzeitige Kostenlast für die Unternehmen verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen. Auch zeitliche Aspekte, insbes. mögliche Verfahrensverzögerungen, können im Hinblick auf die fortgeschrittene justizielle Zusammenarbeit in der EU auf der Grundlage des EU-Rechtshilfeübereinkommens⁷⁷ sowie der Schengen-Verträge⁷⁸ und der zahlreichen bilateralen Polizeikooperationsabkommen keine entscheidende Rolle mehr spielen. Damit wurde nicht nur der bürokratische Aufwand abgebaut. Auch der mögliche Zeitverlust wird in aller Regel nicht mehr so gravierend sein, um einen so schwerwiegenden Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Unternehmen zu rechtfertigen.

Aus den verfügbaren Materialien zu der neuen TKÜV wird i.ü. keine Begründung ersichtlich, weshalb der Verordnungsgeber die Einführung der AKÜ für dringend oder gar zwingend erforderlich erachten würde. Aus der Beantwortung der parlamentarischen Anfrage scheint im Gegenteil ein gewisses Bemühen der Bundesregierung heraus, die Notwendigkeit der AKÜ und ihre Abgrenzung zur traditionellen, auf die Rechtshilfe gestützten Auslandüberwachung überzeugend zu erklären⁷⁹. Eine solche Begründung wäre aber vor allem auch im Hinblick darauf erforderlich, dass mit der Neuregelung zur AKÜ die aufwändige und kostenintensive Änderung der Hard- und Software der TK-Unternehmen erforderlich wird, die aufgrund der früheren Fassung der TKÜV *zwingend anders konfiguriert sein musste*.

nige Zuständigkeit des Staates für die Strafverfolgung unteilbar sei und nicht einmal gegen Geld auf private Unternehmen übertragbar sei.

⁷⁴ Dazu ausführlich *Schmidt-Preuß* 2005.

⁷⁵ S.o. Pkt. 1.2.

⁷⁶ Siehe hierzu *Schmidt-Preuß* 2005, 100 (m.w.N.). Auch das österr. Verfassungsgericht führt dazu unmissverständlich aus, dass bloße staatliche Kosteneinsparung niemals staatliche Eingriffe rechtfertigen könne; österr. Verfassungsgerichtshof, Erkenntnis vom 27.2.2003, CR 2003, 671.

⁷⁷ S.o. Fn. 21

⁷⁸ Vgl. <http://www.auswaertiges-amt.de/diplo/de/WillkommeninD/EinreiseUndAufenthalt/Schengen.html>

⁷⁹ Siehe BT-Drucks. 15/5199, 6 (Fragen 20 u. 21).

Im Ergebnis ist die Erforderlichkeit der Maßnahme daher zu verneinen. Die Heranziehung der Unternehmen zur AKÜ erscheint daher als ein unverhältnismäßiger Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG.

(b) Streitig ist, ob zusätzlich **Art. 14 Abs. 1 GG (Eigentumsrecht, hier in Gestalt des Rechtes am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb)** zu prüfen ist. Während einige Autoren diesbezüglich eine Idealkonkurrenz beider Grundrechte sehen⁸⁰, hat das BVerfG der Prüfung des Art. 12 in vergleichbaren Fällen bislang stets den Vorrang gegeben. Einige Autoren sehen Art. 14 Abs. 1 jedenfalls dann betroffen, wenn – wie hier – bestehende Anlagen verändert werden müssen⁸¹. Das Ergebnis bleibt hiervon unberührt, da für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen des Art. 14 die gleichen Maßstäbe gelten wie bei Art. 12⁸².

2.2.2. Die derzeitige Regelung zum Kostenersatz gem. § 110 TKG / § 23 JVEG

Unabhängig von der Frage der Unverhältnismäßigkeit der Auslandskopfüberwachung als solcher soll hilfsweise auch die Kostenproblematik zur Überprüfung gestellt werden. Die Indienstrafe Privater wäre, auch wenn sie die zweite Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung (hier: Erforderlichkeit) 'überspringen' würde, im Grundsatz nur dann verhältnismäßig, wenn der Staat hierfür eine finanzielle Entschädigung leistet⁸³ – wie dies i.ü. in vielen ausländischen Rechtsordnungen tatsächlich geschieht⁸⁴.

2.2.2.1. Infrastrukturkosten

Gem. § 110 Abs. 1 Nr.1 i.V.m. Abs. 9 S. 2 TKG haben die TK-Unternehmen die technischen Anlagen auf eigene Kosten zu implementieren und bereitzuhalten. Dies ist, in sinngemäßer Anwendung der Grundsätze zu Sonderabgaben⁸⁵, als ein unverhältnismäßiger Eingriff in das Eigentumsrecht der betroffenen Unternehmen aus **Art. 14 Abs. 1 GG** zu werten.

(a) Tragendes Argument für diese Bewertung ist der Umstand, dass es sich bei der TKÜ – in ihrer repressiven Ausprägung ebenso wie in der präventiven – um die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und damit um eine *genuin öffentliche Kernaufgabe* handelt⁸⁶. Man spricht auch von einer Essentiale der Staatlichkeit⁸⁷. Für die Finanzierung dieser öffentlichen Aufgaben hat grundsätzlich die Allgemeinheit im Rahmen der allgemeinen Steuerlast

⁸⁰ In diesem Sinne insbes. *Schmidt-Preuß* 205, 94.

⁸¹ *Kube/Schütze* 2003, 666 (m.w.N.).

⁸² Ebenso *Hammerstein* 204, 223 (m.w.N.).

⁸³ *Kleszczewski* in *Säcker* 2006, § 110 Rn. 29 (m.w.N.); ausführl. *Schmidt-Preuß* 2005.

⁸⁴ Siehe dazu bspw. die *WIK-Consult-Studie* 2003 zur Rechtslage in den G7-Staaten (s.o. Pkt. 1) bzw. die Neuregelung in Österreich (s.u. Pkt. 4).

⁸⁵ Da es sich um keine Sonderabgabe im Rechtssinne handelt, sind die Grundsätze hier nur entsprechend anzuwenden; vgl. *Kleszczewski* in *Säcker* 2006, § 110 Rn. 31.

⁸⁶ Siehe z.B. *Kube/Schütze* 2003, 665; *Schmidt-Preuß* 2005, 94 (jew. m.w.N.).

⁸⁷ *Friedrich* 2001, 177 (m.w.N.).

aufzukommen⁸⁸. Außersteuerliche Lastenzuteilungen in Form von Sonderabgaben, Inpflichtnahmen und Dienstleistungspflichten beeinträchtigen die durch das Steuersystem anzustrebende gerechte Lastenverteilung, indem sie die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von Einzelnen oder Gruppen dadurch zusätzlich belasten, dass sie ihnen die Lasten bestimmter öffentlicher Aufgaben zusätzlich zu ihrer Steuerlast aufbürden⁸⁹. Solche Abweichungen von der Steuerfinanzierung genuin öffentlicher Aufgaben sind nur als seltene, besonders zu begründende Ausnahmen zulässig⁹⁰. Das BVerfG spricht diesbezüglich auch von der "grundrechtlichen Garantiefunktion der Finanzverfassung"⁹¹. Dabei gilt, dass eine im öffentlichen Interesse vorgenommene Indienstnahme Privater auch dann einer besonderen Rechtfertigung bedarf, wenn der Umfang vergleichsweise gering ist⁹².

(b) Eine andere Bewertung kann nicht aus der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG (Entscheidungen zur Kuponsteuer⁹³, zur Mineralölbevorratung⁹⁴ sowie zur Pflichtexemplarablieferung⁹⁵) hergeleitet werden. Tragender Gesichtspunkt dort war jeweils eine relative Geringfügigkeit der Belastung. Dies ist vorliegend bei einem Investitionsvolumen im Millionen-Euro-Bereich nicht der Fall.

(c) Auch aus Gesichtspunkten der *Sach-, Verantwortungs- bzw. Gefahrennähe, der Zweckveranlassung oder Individualbegünstigung*, wie sie u.a. den Entscheidungen des BVerfG zur Sicherheit kerntechnischer Anlagen⁹⁶ und zur Luftsicherheitsgebühr⁹⁷ zugrunde liegen, kann eine Kostentragungspflicht der TK-Unternehmen nicht begründet werden. Strafverfolgung und Gefahrenabwehr sind originär staatliche Aufgaben⁹⁸. Weder eine besondere Sach- u. Verantwortungsnahe noch die Nähe der zu übernehmenden Aufgaben kann ein besonderer Zurechnungsgrund sein⁹⁹.

Dies betrifft zum einen das *'Tarnkappen'-Argument*, mit dem geltend gemacht wird, TK-Betreiber würden durch die Bereitstellung der Kommunikationsnetze dazu beitragen bzw. erst ermöglichen, dass Straftäter sich der sozialen Kontrolle entzögen. Deshalb seien sie verpflich-

⁸⁸ Entsprechend den verfassungsrechtlichen Regelungen zu deren Erhebung und Verteilung gem. Art. 105ff. GG.

⁸⁹ Zum Ganzen *Elicker* 2003, 304ff.

⁹⁰ Vgl. *Kube/Schütze* 2003, 667 (m.w.N.).

⁹¹ BVerfGE 55, 247, 303.

⁹² *Kluszczewski* in *Säcker* 2006, § 110 Rn. 26 (m.w.N.).

⁹³ BVerfGE 22, 380; vgl. auch BFH, BStBl. 1963, 468 zum Lohnsteuerabzug.

⁹⁴ BVerfGE 30, 291.

⁹⁵ BVerfGE 58, 137.

⁹⁶ BVerwGE 81, 185.

⁹⁷ BVerwG, NJW 1986, 1626.

⁹⁸ *Scholz* 1995, 170f.

⁹⁹ *Kluszczewski* in *Säcker* 2006, § 110 Rn. 26; *Hammerstein* 204, 225ff. (jew. m.w.N.).

tet, entschädigungslos eine Reidentifizierung zu Strafverfolgungszwecken zu ermöglichen¹⁰⁰. Die Missbrauchsgefahr für Straftaten trifft freilich auf eine Vielzahl von Dienstleistungen zu. Ungeachtet der Tatsache, dass Fernsprechverkehr gem. Art. 10 Abs. 1 GG und den konkretisierenden Bestimmungen der §§ 110ff. TKG ja gerade abhörsicher angeboten werden muss, ist der Betrieb der TK-Netze ein technischer Vorgang, der normativ absolut neutral ist¹⁰¹. Es ist nicht die technische Übertragung von Gesprächen, die gefahrenrelevant ist, sondern allenfalls der Inhalt einzelner Gespräche. Für den möglicherweise strafbaren Inhalt eines Ferngesprächs kann den TK-Unternehmen jedenfalls keine sachlich begründbare Verantwortung übertragen werden¹⁰². Die Überwachung stellt auch deshalb eine unternehmensfremde Tätigkeit dar¹⁰³.

In neuerer Zeit wird in der Literatur ein zweites Argument diskutiert, mit dem mitunter eine – kostenmäßige – Zurechnung für vorsätzlichen Missbrauch eigener Anlagen begründet wird. Gemeint ist die Heranziehung der Kreditwirtschaft für die *Geldwäschekontrolle* nach dem GeldwG¹⁰⁴. Diese Parallele erscheint im Ergebnis aber ebenfalls ungeeignet, um damit eine Kostentragungspflicht der TK-Unternehmen für TKÜ-Maßnahmen sachlich begründen zu können. Denn es fehlt ein normativer Zurechnungszusammenhang¹⁰⁵. Anders als bei der Telekommunikation gibt es im Bankensektor neben legalen in der Tat auch illegale Finanztransaktionen. Damit ist Bankentätigkeit als solche auch sehr viel kriminalitätsnäher. Telefonie hingegen kann nach derzeitiger Rechtslage – dezidiert anders als bestimmte Finanztransaktionen im Falle strafbarer Geldwäsche¹⁰⁶ (die ja als ermittlungstaktischer Straftatbestand gerade deshalb geschaffen wurde, um die Kontrolle der Finanzströme und die Inpflichtnahme der Kreditwirtschaft *erst möglich zu machen*¹⁰⁷) – keine Straftat konstituieren. Sie ist, wie schon erwähnt, ein normativ absolut neutraler technischer Vorgang¹⁰⁸, der niemals per se gefährlich oder gar kriminell sein kann. Anders als den Banken kann den TK-Unternehmen mithin keinerlei Verantwortungsbeitrag oder zweckveranlasserähnliche¹⁰⁹ Mithaftung zugerechnet werden, die einen Kostenbeitrag verhältnismäßig erscheinen lassen könnte. Hier werden die Diensteanbieter ausschließlich als unbeteiligte Dritte in Anspruch genommen, um

¹⁰⁰ Waechter 1996, 82.

¹⁰¹ So zurecht Kleszczewski in Säcker 2006, § 110 Rn. 28.

¹⁰² So auch Hammerstein 2004, 225.

¹⁰³ Kleszczewski in Säcker 2006, § 110 Rn. 27.

¹⁰⁴ Siehe dazu auch oben unter Pkt. 1.2.

¹⁰⁵ Hammerstein 2004, aaO.

¹⁰⁶ Entscheidender Anknüpfungspunkt ist eben § 261 StGB; das GeldwG alleine würde hierfür nicht ausreichen; so andeutungsweise auch Waechter 1996, 88f.

¹⁰⁷ Siehe dazu Kilchling 1999, 83f.; 2000, 242f.

¹⁰⁸ Hammerstein 2004, aaO.

¹⁰⁹ So auch Vgl. dazu auch Kube/Schütze 2003, 669, die i.ü. darauf hinweisen, dass auch nach polizeirechtlichen Maßstäben der in Anspruch genommene Nichtstörer einen Ausgleichsanspruch hat.

einen von außen herangetragenen Missbrauch zu verhindern oder aufzuklären und damit Schaden für die Allgemeinheit abzuwenden¹¹⁰.

(d) Das Kriterium der *Sachnähe* hat speziell im Kontext der TKÜ freilich noch eine andere Ausprägung, die vorliegend die größte Relevanz aller bislang diskutierten möglichen Begründungslinien für eine entschädigungslose Überwachungspflicht in sich birgt. Das BVerfG billigt eine finanzielle Inanspruchnahme einer bestimmten Gruppe unter dem Gesichtspunkt der Sachnähe nämlich auch dann, wenn eine Aufgabe traditionell wahrgenommen wird bzw. nach der Rechtsordnung schon stets direkt zugewiesen war¹¹¹. Dieser Wertung ist insbes. das VG Köln in dem Mannesmann-Urteil aus dem Jahr 2000¹¹² gefolgt. Das Gericht stellte in seiner Entscheidung nämlich mit kurzer und salopper Formulierung fest, dass "die unternehmerische Tätigkeit [Telekommunikation] mit der Pflichtigkeit zu Überwachungsmaßnahmen gleichsam belastet ist"¹¹³. Der Telekommunikation hafte von jeher die Möglichkeit an, für Tatbestände der TKÜ in Anspruch genommen zu werden. Aufgrund dieser Sachnähe kommt das VG Köln zu der Ansicht, dass es sich bei der Überwachungspflicht um keine schlechthin unternehmensfremde Tätigkeit handle. Daher sei es auch unerheblich, ob die Fernsprechteilnehmer in irgendeiner Weise für die Gefahrentatbestände, denen mit Hilfe der TKÜ begegnet werden soll, verantwortlich seien. Mit dieser Meinung, die in der Literatur mitunter auch als 'Tropfentheorie' bezeichnet wird¹¹⁴, knüpft das Gericht entscheidend an der historischen Entwicklung an, die die rechtliche Situation des Telekommunikationsmarktes in der Bundesrepublik entscheidend geprägt hat und noch heute prägt – und vom BVerfG bei einer möglichen Verfassungsbeschwerde mutmaßlich besonders ausführlich geprüft werden wird. Verkürzt gesprochen wird damit zum Ausdruck gebracht, dass zum Zeitpunkt der Privatisierung die (Wirtschafts-) Tätigkeit Telekommunikation mit der Überwachungstätigkeit immanent verbunden war¹¹⁵. Diese Pflicht, die man rechtlich auch als '*Überwachungslast*' bezeichnen kann, haben die privaten Anbieter, allen voran zunächst die privatisierte Deutsche Telekom, mit übernommen. Die Durchführung von TK-Diensten war nach diesem Ansatz auch weiterhin – und ist es nach der Gesetzeslage bis heute – mit der 'Nebenschuld' zur Überwachung immanent verknüpft. Die erwähnte 'Tropfen-Theorie' argumentiert, dass Unternehmen, die vom Telekommunikationsgeschäft profitieren wollen, auch den 'bitteren Tropfen' der Überwachungslast (einschließlich der damit verbundenen Kostenbelastung) akzeptieren müssten.

¹¹⁰ Schmidt-Preuß 2005, 100.

¹¹¹ Vgl. hierzu Waechter 1996, 85 (m.w.N.).

¹¹² VG Köln, Urteil v. 15.2.2000 – 22 K 5896/96, CR 2000, S. 747.

¹¹³ VG Köln, aaO., 750.

¹¹⁴ Nachw. bei Hammerstein 2004, 226 (Fn. 42).

¹¹⁵ Siehe zum Ganzen Friedrich 2001, 187ff. (m.w.N.).

Fraglich ist freilich bereits, ob diese traditionelle Überwachungslast nicht immanent an das ehemalige staatliche Fernmeldemonopol geknüpft war¹¹⁶ und ob daher neue Unternehmen, die erst später in den Markt eingetreten sind, überhaupt noch an eine solche Last gebunden sein können. Dagegen könnte bereits sprechen, dass diese die entsprechende Infrastruktur erst bereitstellen müssen und nicht – wie seinerzeit die Deutsche Telekom als Rechtsnachfolgerin der hoheitlich tätigen Deutschen Bundespost – übernommen haben. Noch grundsätzlicher wird teilweise auch argumentiert, dass die Annahme einer quasi immanenten Gemeinwohlverpflichtung in Form der erwähnten Überwachungslast überhaupt dem freiheitlichen Charakter der grundrechtlich garantierten Berufsfreiheit widerspreche. Mit der Privatisierung des Telekommunikationsmarktes habe der Staat eben keinen 'belasteten' wirtschaftlichen Betätigungsbereich eröffnet. Vielmehr folge die Freiheit, *grundsätzlich unbelastet* Telekommunikationsdienste anbieten zu können, als vorausliegende, natürliche Freiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG¹¹⁷. Die Zulassung privater TK-Anbieter erscheint in dieser Perspektive konsequenterweise nicht als eine vom Staat gewährte 'milde Gabe', sondern als Herstellung der vom Grundgesetz vorgesehenen freien unternehmerischen Betätigung durch Aufhebung der mit dem früheren Monopol verbundenen Beschränkungen der grundrechtlich garantierten wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit¹¹⁸. Vorwegfestlegungen zu Lasten der Diensteanbieter sind danach ausgeschlossen¹¹⁹. Ob diese sehr prinzipielle Ansicht den besonderen historischen, politischen und (verfassungs-) rechtlichen Umständen der TK-Privatisierung der 1990er Jahre¹²⁰ tatsächlich ausreichend Rechnung trägt, kann hier im Ergebnis aber offen bleiben.

Nicht mehr zu rechtfertigen erscheint die Überwälzung der Kosten jedenfalls, *soweit sie den neuen Überwachungs-Tatbestand der Auslandskopfüberwachung betrifft*. Diese stellt einen neuen Tatbestand dar, weil hier neue Wege der TKÜ in einem Bereich beschritten werden sollen, der traditionell im Wege der Rechtshilfe – und damit hoheitlich – vorgenommen wurde¹²¹. Die TKÜ 'in das Ausland hinein' wird zu einer neuen, zusätzlichen Schiene, die neben die Inlandsüberwachung tritt. Dieser neue Abhörtatbestand existierte bislang weder rechtlich noch faktisch und kann daher nicht mehr Teil einer 'historischen' Überwachungslast sein – wenn man eine solche heutzutage denn überhaupt noch annehmen kann. Auch der Staat müsste, wenn er diese neue Aufgabe selbst übernehme, die notwendigen Investitionen tätigen. Die Situation unterscheidet sich damit grundlegend von der einmaligen historischen Situation, als der TK-Bereich, so wie er vormals bestanden hat, in die Privatwirtschaft überführt wurde.

¹¹⁶ Verneinend *Waechter* 1996, 94 (m.w.N.).

¹¹⁷ Zum Ganzen *Kube/Schütze* 2003, 666 (m.w.N.).

¹¹⁸ *Hammerstein* 2004, 226.

¹¹⁹ *Schmidt-Preuß* 2005, 94.

¹²⁰ Ausführlich dazu z.B. *Scholz* 1995.

¹²¹ S.o. Pkt. 1.2.

Die Anlagenbetreiber haben schon jetzt mehrere Millionen Euro für die Beschaffung aufwenden müssen, zu denen die Kosten für die Wartung und für andere notwendige Maßnahmen hinzukommen¹²². Dass diese Kosten möglicherweise ganz oder in Teilen an Kunden weitergegeben werden, kann eine Kostenbelastung nach der Rspr. des BVerfG nicht rechtfertigen¹²³. Dies ist auch sachgerecht. Denn im marktwirtschaftlichen Wettbewerb führt grundsätzlich jede Preiserhöhung zu einem Wettbewerbsnachteil. Nach den Ausführungen des VATM ist das Verhältnis von Rohertrag zu den notwendigen Investitionen derart schlecht, dass die mit der Einführung der Verpflichtung zur Auslandskopfüberwachung erforderlichen zusätzlichen Investitionskosten zum Marktaustritt einzelner Unternehmen in Deutschland führen könnte.

(e) Die finanzielle Belastung Einzelner – seien es die TK-Unternehmen oder die Kunden, an die die anfallenden Kosten möglicherweise weitergegeben werden könnten– wäre gleichzeitig ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz aus **Art. 3 Abs. 1 GG**. Durch die hohen Investitionskosten werden nämlich kleine und mittelständische TK-Anbieter proportional sehr viel stärker belastet als die großen. Zumindest für einige Unternehmen können sich die Belastungen als unzumutbar hoch¹²⁴ oder sogar existenzbedrohend¹²⁵ erweisen. Die Kostenabwälzung ist aber nicht jedem Diensteanbieter in gleicher Weise möglich. Je nach Größe des Anbieters und der Art seines Angebots führen die Implementierungskosten daher zu unterschiedlich großen Preisauflägen. Dies führt zu Wettbewerbsverzerrungen¹²⁶.

Von den Mitgliedsunternehmen des VATM wird dazu ausgeführt, dass die Regelung weder neutral bezüglich der verwendeten Technologie der Netzbetreiber noch bezüglich der zugrunde liegenden Geschäftsmodelle sei. Denn TK-Anbieter, die direkt Endkunden in ihrem Netz geschaltet haben, waren sich bei der Planung des Geschäftsmodells und der Beschaffung der Netztechnik darüber bewusst, dass sie zur Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen verpflichtet würden, um die individuelle Kommunikation ihrer Endkunden zu ermöglichen. Diese Überlegungen hätten Anbieter, die als internationale TK-Unternehmen spezialisiert sind, und daher keine Endkunden in Deutschland an ihr Netz angeschlossen haben, nicht treffen müssen, da sie vorher nicht zur Umsetzung von Individualverkehr verpflichtet waren. Die in ihrem Netz verwendete Technik sowie das Netzmanagement sehen bislang folglich auch keine entsprechende Funktionalität vor. Die Kosten, die anfallen, um die Netze entsprechend aufzurüsten, sind erheblich, sodass die international ausgerichteten Carrier ohne Endkundengeschäft ungleich härter von der Verpflichtung zur Auslandskopfüberwachung betroffen sind.

¹²² *Kube/Schütze* 2003, 665; *Hammerstein* 2004, 223, *Kleszczewski in Säcker* 2006, § 110 Rn. 25.

¹²³ Nach den Ausführungen in der Pflichtexemplar-Entscheidung darf es bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung von Eingriffen eben nicht darauf ankommen, ob es dem Betroffenen gelingt, sich an anderer Stelle schadlos zu halten; BVerfGE 58, 137, 151; weitere Einzelheiten hierzu bei *Schmidt-Preuß* 2005, 97.

¹²⁴ *Kloepfer* 2002, Rn. 256.

¹²⁵ *Hamm* 2001, 3100.

¹²⁶ *Kleszczewski in Säcker* 2006, § 110 Rn. 25.

Diesen möglichen Folgewirkungen wird die derzeitige Regelung nicht gerecht. Im Hinblick auf die ehemalige Rechtslage in Österreich, die der heutigen deutschen sehr ähnlich war, rügte der österr. Verfassungsgerichtshof neben dem Fehlen einer Obergrenze und der daraus folgenden fehlenden Kalkulierbarkeit für die betroffenen Unternehmen auch die fehlende Berücksichtigung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit für die einzelnen Unternehmen¹²⁷. Ähnliche Grundsätze hat auch das BVerfG in der Mineralölbevorratungs-Entscheidung aufgestellt. Auch dort verlangt das Gericht zumindest angemessene Härtefallregelungen zur Berücksichtigung der unterschiedlichen wirtschaftlichen Betroffenheit von Marktteilnehmern¹²⁸. Auch in der Pflichtexemplar-Entscheidung hat es das Gericht als Verstoß gegen den Gleichheitssatz gewertet, dass die Regelung – Abgabepflicht bei generellem Vergütungsausschluss – in ihrer praktische Auswirkung innerhalb des Kreises der betroffenen Verleger zu Belastungen von erheblich unterschiedlicher Intensität geführt hat¹²⁹. Dass der Gesetzgeber in § 3 Abs. 2 Nr. 5 TKÜV-neu nur die Betreiber von Kleinstanlagen mit bis zu 1.000 angeschlossenen Teilnehmern/Nutzern pauschal aus den TK-Überwachungsverpflichtungen ausnimmt, wird diesem Erfordernis nicht gerecht. Es lässt insbesondere eine Auseinandersetzung mit dem tatsächlichen Kostenanfall, der Konkurrenzsituation auf dem Telekommunikationsmarkt wie auch mit der in den letzten zehn Jahren signifikant angestiegenen Anzahl der TKÜ-Anordnungen vermissen. Auch das Argument, dass diese Zunahme möglicherweise auf fehlendes Kostenbewusstsein der anordnenden Behörden zurückzuführen sei¹³⁰, erscheint sehr plausibel. Hinzufügen wäre, dass das fehlende Kostenbewusstsein eine wesentliche Ursache in der bisherigen Gesetzeslage, die eben keine Regelung zum Kostenersatz enthält, haben dürfte.

2.2.2.2. Kosten für die Durchführung der einzelnen Überwachungsmaßnahmen

Nach den Grundsätzen zur zulässigen Inpflichtnahme Privater ist ferner eine die Selbstkosten deckende Entschädigung für die laufenden Überwachungskosten erforderlich¹³¹. Eine solche kann pauschaliert werden, muss aber eine annähernde Deckung der verursachten Kosten erreichen¹³². Anders als in Österreich und den meisten G7-Staaten¹³³ ist auch dies vorliegend nicht gewährleistet.

Die Entschädigung für die aktuellen Kosten der einzelnen Überwachungsmaßnahmen bestimmt sich derzeit – mangels einer einschlägigen Rechtsverordnung gem. § 110 Abs. 9 Satz 1 TKG – nach § 23 JVEG. Danach werden die TK-Unternehmen wie Zeugen entschädigt.

¹²⁷ S.o. Fn. 76, 674.

¹²⁸ BVerfGE 30, 291, 332.

¹²⁹ BVerfGE 58, 137, 150.

¹³⁰ In diesem Sinne *Kube/Schütze* 2003, 671.

¹³¹ Siehe z.B. *Kleszczewski in Säcker* 2006, § 110 Rn. 32.

¹³² *Hammerstein* 2004, 225 (m.w.N.); *Schmidt-Preuß* 2005, 98ff. (m.w.N.) verlangt explizit den vollen Ersatz.

¹³³ S.o. unter Pkt. 1.2.

Auch diese Regelung wird den oben beschriebenen Anforderungen des **Art. 14 Abs. 1 GG** nicht gerecht. Denn nach diesem Modell wird derzeit nur ein Bruchteil der tatsächlich anfallenden Kosten abgedeckt¹³⁴. Je nach der technischen Beschaffenheit der zur Überwachung genutzten Einrichtungen sind pro Maßnahme neben den anfallenden Telefontarifen ein Pauschalbetrag von € 153,- bzw. € 306,- erstattungsfähig (§ 23 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Abs. 5 JVEG). Dem stehen tatsächliche Kosten von durchschnittlich ca. € 2.000,- pro Überwachungsmaßnahme gegenüber¹³⁵.

Die Ratio dieses Kostenerstattungsmodells lässt sich den Gesetzesmaterialien zu der – insofern identischen – Vorgängerregelung (§ 17a ZSEG) entnehmen. Seinerzeit sah es der Gesetzgeber als sachgerecht an, die Überwachungspflicht der TK-Unternehmen den allgemeinen Zeugenpflichten gleichzusetzen¹³⁶. Diese Erwägung geht freilich ebenso auf die historische Entwicklung der TKÜ zurück wie die Begründung der besonderen 'Überwachungslast'. Sie wird der heutigen Situation weder faktisch noch im Hinblick auf die finanziellen Belastungen gerecht. Diese Entschädigungsart ist ihrer Natur nach auf Einzelfälle angelegt: den Staatsbürger, der zufällig Zeuge wird, oder den Sachverständigen, der gelegentlich beauftragt wird. Zwischen der Inanspruchnahme eines Zeugen und der Mitwirkung der Unternehmen bei der TKÜ bestehen aber schon sachlich gravierende Unterschiede¹³⁷. Zu berücksichtigen ist ferner die quantitative Entwicklung im Bereich der TKÜ. In Anbetracht der schiereren Anzahl von Überwachungsanordnungen geht der Umfang weit über das hinaus, was einem Zeugen bzw. Sachverständigen regelmäßig auferlegt wird. Nach einer Studie des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht (MPI) hat zwischen 1990 und 2002 alleine die Zahl der Maßnahmen gem. § 100a StPO um weit mehr als 700 % zugenommen und von 2002 bis 2005 noch einmal fast verdoppelt¹³⁸. Hinzu kommt die mutmaßlich um ein Vielfaches höhere Anzahl der Maßnahmen gem. §§ 100g/h StPO, deren Erfassung Gegenstand einer derzeit in Bearbeitung befindlichen Untersuchung des MPI ist¹³⁹. Diesem massenhaften Anfall von Überwachungsmaßnahmen wird das Zeugenmodell nicht (mehr) gerecht. Die Unterdeckung des Selbstkostenanteils wird wirtschaftlicher umso gravierender, je höher die Anzahl der Maßnahmen ist. Da spielt es eine erhebliche Rolle, ob die Zahl nur bei wenigen Tausend Maßnahmen anzusetzen ist – wie seinerzeit beim Erlass des TKG – oder bei mutmaßlich weit über 100.000 pro Jahr. Anders als bei den Infrastrukturkosten, die kleine Unternehmen überproportional belastet, sind durch die Unterdeckung der laufenden Kosten

¹³⁴ *Schmidt-Preuß* 2005, Fn. 3 u. 45, geht von einem Deckungsgrad von nicht mehr als 3 Prozent aus.

¹³⁵ *Hammerstein* 2004, 223.

¹³⁶ Siehe dazu ausführlich *Scholz* 1995.

¹³⁷ So auch *Hammerstein* 2004, 227.

¹³⁸ Für die Einzelheiten s.o. Pkt. 1.2.

¹³⁹ Der Forschungsbericht zur Verkehrsdatenüberwachung ist zwischenzeitlich verfügbar; vgl. *Albrecht/Grafe/Kilchling* 2008 bzw. BT-Drucks. 16/8434; für weitere Informationen siehe auch http://www.mpicc.de/ww/de/pub/forschung/forschungsarbeit/kriminologie/tk_verbindungsdaten.htm

große Carrier mit einer Vielzahl von Kunden und TKÜ-Anordnungen besonders hart betroffen.

Zu berücksichtigen ist ferner, dass das Gesetz auch seiner generellen Ratio gemäß ganz prinzipiell nicht auf den regelmäßig/systematisch für öffentliche Aufgaben herangezogenen Privaten passt. Generelle Ratio des ZSEG ist es nämlich auch, "das Kostenrisiko für die an einem Prozess beteiligten Parteien in kalkulierbaren Grenzen zu halten"¹⁴⁰. Dies lässt sich auf die allg. Strafverfolgungstätigkeit nicht übertragen.

In Ermangelung einer Verordnung gem. § 110 Abs. 9 TKG, wie sie der Gesetzgeber ursprünglich vorgesehen hatte, ist die Verpflichtung zur Durchführung der AKÜ im Ergebnis also auch im Hinblick auf die laufenden Kosten als unverhältnismäßig einzustufen. Denn die gegenwärtige (Interims-) Regelung im JVEG kann weder aus systematischen Überlegungen heraus noch im Hinblick auf das dort vorgesehene Erstattungsniveau als adäquate Kompensationsregelung betrachtet werden. Einer solchen adäquaten Kompensationsregelung wäre aber zwingend erforderlich, um die mit der Überwachungsverpflichtung verbundenen Grundrechtsseingriffe *erst verhältnismäßig werden zu lassen*.

2.2.2.3. Zwischenergebnis

Sowohl für die Entwicklung, Anschaffung, Unterhaltung und Abschreibung der Infrastruktur (Hard- und Software) als auch für die Durchführung der einzelnen Überwachungsmaßnahmen muss voller Kostenersatz geleistet werden. Die derzeitige Gesetzeslage wird dem nicht gerecht und stellt einen Verstoß gegen **Art. 12 Abs. 1**, **Art. 14 Abs. 1** und **Art. 3 I GG** dar. Dies bezieht sich freilich *ausschließlich* auf den vorliegenden Gegenstand der *Auslandskopfüberwachung als neuem, zusätzlichen Überwachungstatbestand*.

Auch der österr. Verfassungsgerichtshof¹⁴¹ hat die der gegenwärtigen deutschen Rechtslage vergleichbare Regelung zur unentgeltlichen Überwachungspflicht, wie bereits erwähnt, mangels adäquater Entschädigungsbestimmungen für verfassungswidrig erklärt, und zwar für die TKÜ generell.

2.2.3. Verstoß gegen das Völkerrecht (Art. 25 GG)?

Zu prüfen ist abschließend, ob die AKÜ als Völkerrechtsverstoß wegen Missachtung der territorialen Souveränität und Gebietshoheit des- bzw. derjenigen Staaten, auf deren Gebiet sich der bzw. die überwachten TK-Anschlüsse befinden, zu werten ist. Die verfassungsrechtliche Relevanz eines solchen Verstoßes bestimmt sich nach Art. 25 GG, der bestimmt, dass bei der Gestaltung der innerstaatlichen Rechtsordnung die allgemeinen Regeln des Völkerrechts

¹⁴⁰ Vgl. Scholz 1995, 181.

¹⁴¹ S.o. Fn. 76.

zu beachten sind¹⁴². Im vorliegenden Fall ist ein verfassungsrechtlich relevanter Verstoß, der zur Unzulässigkeit der AKÜ führen könnte, im Ergebnis zu verneinen.

(a) Grundsätzlich verbietet das Völkerrecht die Vornahme von Hoheitsakten auf fremdem Staatsgebiet. Ausnahmen bedürfen der Amts- und Rechtshilfe im Einzelfall bzw. einer abstrakten völkervertraglichen Erlaubnisnorm¹⁴³. Dieser Grundsatz gilt nicht nur für staatliche Handlungen, die unmittelbar auf fremdem Hoheitsgebiet gesetzt werden, sondern ebenso für inländische Hoheitsakte, die (bloße) Auslandswirkung haben¹⁴⁴. Hierunter fällt, neben der Durchführung von Amtshandlungen und der Zustellung¹⁴⁵ von Verwaltungsakten¹⁴⁶, auch die bloße "Einholung von Auskünften"¹⁴⁷. Dabei macht es keinen Unterschied, durch welches Medium die staatliche Hoheitsgewalt ausgeübt wird. Ob etwa "ein Zeuge oder Beschuldigter unmittelbar persönlich, schriftlich, über Telefon, Bildschirmtelefon oder Internet befragt oder ausgeforscht wird, ist insoweit unerheblich"¹⁴⁸. Ziel der AKÜ ist in der Tat die Erlangung von Informationen in Form von (Inhalts- und Verkehrs-) Daten über Kommunikationsvorgänge mit Auslandsbezug. Eine solche hoheitliche Informationsbeschaffung muss des weiteren nicht notwendigerweise offen, d.h. nach außen hin sichtbar erfolgen, damit ihr völkerrechtliche Relevanz zukommt. Auch eine heimliche Vornahme von Hoheitsakten auf dem fremden Hoheitsgebiet wäre als Verletzung der völkerrechtlich geschützten Gebietshoheit zu qualifizieren¹⁴⁹. Dies könnte im Fall der TKÜ auf den ersten Blick durchaus gegeben sein. Denn Heimlichkeit ist das immanente Wesensmerkmal jeder TKÜ – sei sie präventiv oder repressiv ausgerichtet. Freilich könnte man bereits in Frage stellen, ob dabei überhaupt auch Heimlichkeit im völkerrechtlichen Sinne vorliegt. Denn aus Sinn und Zweck des Grundsatzes folgt, dass diese gegen den fremden Staat gerichtet sein müsste¹⁵⁰. Dies ist im Falle der TKÜ eigentlich nicht beabsichtigt. Die Heimlichkeit richtet sich gegen den bzw. die überwachten Personen, nicht – jedenfalls nicht zielgerichtet – gegen den anderen Staat. Im Gegenteil,

¹⁴² St. Rspr. des Bundesverfassungsgerichtes; vgl. z.B. BVerfGE 23, 288.

¹⁴³ Eine solche besteht z.B. gem. Art. 40 SDÜ für die grenzüberschreitende Observation und gem. Art. 41 SDÜ für die Nacheile; der schweizerisch-deutsche Polizeivertrag von 1999 (Art. 17 u. 18) sowie das deutsch-österreichische Polizeiabkommen von 2003 (Art. 14) erlauben darüber hinausgehend den Einsatz verdeckter Ermittler im jeweils anderen Land; die Cybercrime-Konvention des Europarates von 2001 gestattet in Art. 32 den Zugriff auf Computerdaten in einem anderen Land. Eine explizite Rechtsgrundlage für TKÜ-Maßnahmen auf ausländischem Hoheitsgebiet existiert bislang nicht. Für inländische TKÜ-Maßnahmen mit Auslandsbezug siehe die nachfolgenden Ausführungen.

¹⁴⁴ Der Ständige Internationale Gerichtshof formulierte schon in der sog. Lotus-Entscheidung klar: "a State [...] may not exercise its power in any form *in* the territory of another State", und nicht etwa 'on' (Hervorhebung nicht im Orig., vgl. PCIJ Ser.A, No.10 [1927], 18f; zit. nach Ipsen 1999, 284).

¹⁴⁵ Siehe BVerfGE 63, 343 bezogen auf die Zustellung von Steuerbescheiden im Ausland.

¹⁴⁶ Unerheblich wäre im Falle eines Verwaltungsakt auch, ob er begünstigend oder belastend ist; vgl. Spatscheck/Alvermann 1999, 334.

¹⁴⁷ Ipsen 1999, 245.

¹⁴⁸ Spatscheck/Alvermann 1999, 334.

¹⁴⁹ Ipsen 1999, 246f.

¹⁵⁰ Ipsen 1999, aaO., mit anschaulichen Beispielen.

gemäß Art. 20 des EU-Übereinkommens zur Rechtshilfe in Strafsachen¹⁵¹ ist für den Fall der TKÜ, die das Territorium eines anderen Staates berührt, eine Information des anderen Staates sogar ausdrücklich vorgesehen. Allerdings lässt Art. 20 Abs. 1 des Übereinkommens die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts ausdrücklich unberührt. Und nach diesen Grundsätzen gilt auch im Bereich der TKÜ als verdeckter Ermittlungsmaßnahme, dass ein Staat nicht berechtigt ist, auf dem Gebiet eines anderen Staates Hoheitsakte gleich welcher Art zu setzen¹⁵².

Sofern die Überwachung leitungsgebundener Telekommunikation ein physisches Eindringen in fremdes Staatsgebiet erfordert, um die Leitung dort 'anzuzapfen', läge ein solcher Völkerrechtsverstoß zweifellos vor; anders ist zu entscheiden, wenn internationale leitungsgebundene Telekommunikation auf eigenem Staatsgebiet abgehört wird¹⁵³.

Zur rechtlichen Beurteilung kommt es somit maßgeblich auf die tatsächlichen technischen Abläufe bei der Durchführung der auslandsbezogenen Überwachungsmaßnahmen an. Wesentlicher Gesichtspunkt ist dabei, dass unter den Bedingungen moderner Abhörtechnik ein 'Anzapfen' im klassischen Sinne nicht mehr unbedingt erforderlich ist. Im Hinblick auf die moderne Informationstechnologie im Allgemeinen und Telekommunikationstechnologie im Besonderen ist davon auszugehen, dass ein Eingriff in die territoriale Souveränität (nur noch) dann angenommen werden kann, wenn ein physikalisch-technischer bzw. elektronischer Vorgang in fremdem Territorium ausgelöst wird. Das Beispiel des (proaktiven) *transborder search* durch die Polizei im Internet lässt dies sehr anschaulich werden. Bei dieser Ermittlungsmethode wird vom Inland aus aktiv auf einen im Ausland belegenen Rechner¹⁵⁴ zugegriffen und dort ein datenrechnerischer Vorgang initiiert¹⁵⁵. Die Telefonleitung ist in einem solchen Fall quasi der verlängerte Arm des durchsuchenden Ermittlers. Dieser wird faktisch im fremden Hoheitsbereich tätig. Das ist bei der Auslandskopfüberwachung ganz offensichtlich anders. Der gesamte Kommunikationsvorgang einschließlich des Routings in das Ausland hinein bis zum dortigen Zielanschluss (überwachter B-Teilnehmer) wird ausschließlich vom Anrufer im Inland (A-Teilnehmer und eigentliches Zielobjekt der AKÜ¹⁵⁶) initiiert. Entscheidender Umstand ist völkerrechtlich – anders als von der Bundesregierung dargelegt¹⁵⁷ – also nicht so sehr die physikalische Präsenz des Auslandskopfes im Inland, sondern seine Funktionsweise. Das Abhören bzw. die Aufzeichnung der Verbindungsdaten an der Schnittstelle Auslandskopf erscheint in diesem technischen Verlauf als ein rein passives

¹⁵¹ S.o. Fn. 21.

¹⁵² Hochreiter 2002, S. 92.

¹⁵³ Hochreiter 2002, S. 93.

¹⁵⁴ Auch Anlagen unterliegen als Sachen der Territorialhoheit eines Staates; siehe *Seidl-Hohenveldern/Stein* 2000, Rn. 1507.

¹⁵⁵ Vgl. dazu *Seitz* 2004, S. 364ff.

¹⁵⁶ Vgl. § 4 Abs. 2 S. 1 TKÜV.

¹⁵⁷ BT-Drucks. 15/5199, 5 (Nr. 14); vgl. auch *Reinel* 2006, 207.

'Mithören'. Somit erscheint die Auslandskopffüberwachung aus völkerrechtlicher Perspektive weitgehend der klassischen Abhörtechnik via Parabolantenne oder Satellit vergleichbar¹⁵⁸.

Damit gleicht sich die Überwachung leitungsgebundener Telekommunikation, zumindest in der Variante der AKÜ, weitgehend der Überwachung nicht-leitungsgebundener Telekommunikation an. Dieser Bereich der Informationsgewinnung 'aus dem Äther' wird völkerrechtlich im Grundsatz schon seit langem als zulässig erachtet. Denn der Äther gehört, anders als der Luftraum, nicht zum staatlichen Hoheitsgebiet, sondern ist frei¹⁵⁹. Demzufolge liegt bei dieser Art der Informationsgewinnung kein Eingriff in fremdes Staatsgebiet statt. Ein Völkerrechtsverstoß lässt sich aus einem solchen Überwachungsvorgang alleine daher nicht ableiten¹⁶⁰. Hierzu wäre – bei Vorliegen eines entsprechenden Inlandsbezuges¹⁶¹, der auf der Grundlage der Überwachungsentscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2005¹⁶² auch für den Fall der auslandsbezogenen TKÜ wohl bejaht werden könnte – eine individuelle Grundrechtsverletzung gegenüber unmittelbar Überwachungsbetroffenen erforderlich, die sich freilich erst aus dem jeweiligen individuellen Fall heraus ergeben kann¹⁶³.

(b) Die staatliche Souveränität umfasst neben der Gebietshoheit als weitere Komponente die Personalhoheit. Nach diesem Grundsatz sind alle Personen, die sich auf dem Territorium eines Staates aufhalten, prinzipiell nur der Hoheitsgewalt dieses Staates unterworfen¹⁶⁴. Dieses Prinzip darf durch die Weiterentwicklung der Kommunikationstechnologie nicht umgangen werden¹⁶⁵. Demgemäß dürfen diesen Personen von einem anderen Staat keine Pflichten auferlegt werden¹⁶⁶. Dies ist mit der AKÜ auch gar nicht beabsichtigt; denn die Maßnahme ist ausschließlich auf die Identifizierung der im Inland belegenen TK-Anschlüsse gerichtet. Die Überwachung des ausländischen Anschlusses ist völkerrechtlich also auch unter dem

¹⁵⁸ Dabei wird bei der AKÜ nicht einmal im Wortsinn *in das Ausland hinein* 'gehört'; die Signale werden überhaupt erst im Moment der Übergabe in das Inlandsnetz, also auf deutschem Territorium, registriert. Der Vorgang erscheint daher technisch eher noch mit einer bloßen Beobachtung durch ein Fernglas vergleichbar denn mit proaktiver Gesprächsabschöpfung durch Satellitenüberwachung wie bei ECHELON oder anderen, im Hinblick auf ihre Funktionsweise mitunter auch mit einem 'Staubsauger' vergleichbaren Anlagen. Weitere Einzelheiten zu den verfügbaren leitungsunabhängiger Abhörtechnologien ausführlich in *European Parliament* 1999.

¹⁵⁹ Seidl-Hohenveldern/Stein 2000, Rn. 1277.

¹⁶⁰ Hochreiter 2002, S. 93.

¹⁶¹ Dazu ausführlich Ipsen 1999, S. 285ff.

¹⁶² BVerfGE 100, 313; danach ist im Ausland stattfindende Telekommunikation durch Erfassung und Auswertung im Inland hinreichend mit inländischem staatlichen Handeln verknüpft.

¹⁶³ Maßgebliche Prüfungskriterien hierbei wären insbesondere das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen für die Überwachung Dritter gem. § 100a S. 2 StPO bzw. die Einhaltung der Mitteilungspflichten an den oder die Betroffenen aus § 101 StPO bzw. an den betroffenen Staat aus Art. 20 des EU-Übereinkommens zur Rechtshilfe in Strafsachen. Reinel 2006, 207 bewertet die AKÜ als nicht von der StPO gedeckte auslandsbezogene Ermittlungsmaßnahme; auch diese Frage könnte nur durch eine individuell betroffene Person einer gerichtlichen Klärung zugeführt werden.

¹⁶⁴ Ipsen 1999, 244.

¹⁶⁵ In diesem Sinne Spatscheck/Alvermann 1999, 334.

¹⁶⁶ Ausführlicher hierzu Tiedemann 2005, 863.

Gesichtspunkt der Personalhoheit so lange ohne Relevanz, als der im Ausland Betroffene nicht in das deutsche Strafverfahren einbezogen wird; erst wenn sein Erscheinen als Zeuge vor dem inländischen Gericht oder seine Vernehmung im Ausland ansteht, muss der ausländische Staat formell um Rechtshilfe ersucht werden¹⁶⁷.

(c) Die Auslandskopfüberwachung als solche verstößt nach alledem nicht schon per se gegen das Völkerrecht¹⁶⁸. Ausreichend ist eben nicht ein bloßer Auslandsbezug. Erforderlich wäre vielmehr eine Auslandswirkung. Eine solche ist bei der AKÜ nicht erkennbar. Das genannte EU-Rechtshilfeübereinkommen von 2000 sieht im übrigen in dem schon erwähnten Art. 20¹⁶⁹ ausdrücklich die Möglichkeit der Überwachung des Telekommunikationsverkehrs durch einen anderen Staat ohne technische Hilfe –und das bedeutet faktisch: ohne Mitwirkung – des betroffenen Mitgliedsstaates vor. Danach ist die Überwachung des Telekommunikationsverkehrs auch dann möglich, "wenn der in der Überwachungsanordnung bezeichnete Telekommunikationsanschluss der Zielperson im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaats genutzt wird"; der andere Mitgliedsstaat ist, sofern von diesem "für die Durchführung der Überwachung keine technische Hilfe benötigt wird", lediglich zu unterrichten^{170/171}. Damit ist die technische Möglichkeit der AKÜ europarechtlich bereits antizipiert. Diese Option besteht neben dem traditionellen Rechtshilfegem. Art. 18¹⁷², bei dem der ausländische Staat um Durchführung der TKÜ ersucht wird¹⁷³.

(d) Dieses Ergebnis der völkerrechtlichen Unbedenklichkeit der AKÜ bedeutet im übrigen keinen Widerspruch zu dem Ergebnis, dass die AKÜ einen unverhältnismäßigen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit darstellt. Auch wenn eine solche Überwachungsmaßnahme nach dem Völkerrecht zulässig wäre, verbietet die deutsche Verfassung deren Einsatz, sodass die Behörden in der Bundesrepublik aus binnenrechtlicher Perspektive weiterhin auf den traditionellen Rechtshilfegem zurückgreifen müssen.

¹⁶⁷ *Soiné* 1997, 168.

¹⁶⁸ So im Ergebnis auch *Tiedemann* 2005, 862f.; a.A. *Reinel* 2006.

¹⁶⁹ S.o. Fn.21.

¹⁷⁰ Zitate aus Art. 20 Abs. 2 des Übereinkommens.

¹⁷¹ Der unterrichtete Staat kann die Überwachung– d.h. konkret die Überwachung des auf seinem Territorium belegenen Anschlusses durch den überwachenden Staat – innerhalb von 96 Stunden entweder bewilligen oder unter bestimmten Bedingungen verlangen, dass die Überwachung beendet wird (Art. 20 Abs. 4a des Übereinkommens); bis zu einer solchen Entscheidung darf der überwachende Mitgliedsstaat die Überwachung fortsetzen (Art. 20 Abs. 4b des Übereinkommens).

¹⁷² Art. 18 des Übereinkommens ("Ersuchen um Überwachung des Telekommunikationsverkehrs"). Zum nebeneinander von traditioneller Rechtshilfe und rechtshilfeunabhängiger AKÜ siehe auch BT-Drucks. 15/5199, 5 (Nr. 19 u.20)

¹⁷³ Der Umkehrschluss, wonach die Existenz von Rechtshilfeabkommen die Völkerrechtswidrigkeit einseitiger Ermittlungshandlungen außerhalb des Rechtshilfeprozesses indiziert (in diesem Sinne *Spatschek/Alvermann* 1999, 334 u. *Reinel* 2006, 208), erscheint jedenfalls im Fall der AKÜ unzutreffend.

2.3. Verfahrensrechtliche Prüfung

(a) In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist zunächst die Klagebefugnis zu prüfen. Eine Verfassungsbeschwerde ist gem. **§ 90 Abs. 1 BVerfGG** nur zulässig, wenn die Beschwerdeführer selbst, gegenwärtig und unmittelbar in ihren grundrechtlich geschützten Positionen verletzt sind (bzw. sein können¹⁷⁴).

Die Selbstbetroffenheit ergibt sich aus der sog. Adressatentheorie. Danach ist eine Beschwerde immer gegeben, wenn die Beschwerdeführer Adressat der Maßnahme oder Norm sind. Dies ist hier unproblematisch. Mit dem Erfordernis der gegenwärtigen Beschwerde sollen darüber hinaus vorbeugende Verfassungsbeschwerden ausgeschlossen werden. Die Beschwerde darf nicht erst zu einem späteren Zeitpunkt eintreten, sondern muss schon zur Zeit der Erhebung der Verfassungsbeschwerde vorhanden sein. Dies ist insbesondere dann zu bejahen, wenn eine Rechtsnorm zu später nicht mehr korrigierbaren Dispositionen zwingen würde. Dies ergibt sich vorliegend aus der Umsetzungspflicht des § 30 TKÜV-neu, aufgrund derer die Unternehmen bereits jetzt die technische Planung und Finanzierung der zum 1.2.2007 zu implementierenden technischen Einrichtungen zur AKÜ vorzunehmen haben.

Damit in engem Zusammenhang steht schließlich das Erfordernis der Unmittelbarkeit. Eine unmittelbare Beschwerde gegen Rechtsnormen wie hier ist nur ausnahmsweise zulässig, und zwar dann, wenn es keines konkretisierenden Vollzugsaktes mehr bedarf und sich weder einfachrechtliche noch tatsächliche Fragen stellen, sondern allein die Verfassungsmäßigkeit einer Rechtsnorm in Frage steht¹⁷⁵. Auch dies ist vorliegend erfüllt. Zweifelhaft ist alleine die verfassungsrechtliche Zumutbarkeit der mit der Einführung der AKÜ in der in der TKÜV-neu geregelten Form und damit die grundsätzliche Frage, ob die betroffenen TK-Unternehmen die durch die Neuregelung der §§ 3 und 4 TKÜV-neu erforderlichen Investitionen für die technische Implementierung der AKÜ gem. § 30 Abs. 1 TKÜV-neu bis zum 1.2.2007 tätigen und ab diesem Termin AKÜ-Anordnungen – in Ermangelung einer einschlägigen Rechtsverordnung gem. § 110 Abs. 9 TKG zu den in § 23 Abs. 1 u. 5 JVEG geregelten, die Selbstkosten der Unternehmen nicht annähernd deckenden Erstattungsbedingungen – durchführen müssen.

Alternativ hierzu ist eine unmittelbare Verfassungsbeschwerde auch dann zulässig, wenn ein Abwarten für die Beschwerdeführer unzumutbar ist. Hierzu ist anerkannt, dass Beschwerdeführer nicht darauf verwiesen werden können, unnötige Vollzugsakte zu provozieren oder gar das Risiko eines Bußgeldes oder Strafverfahrens einzugehen¹⁷⁶. Gemäß § 115 Abs. 2 Nr. 1 kann zur Durchsetzung u.a. der Verpflichtungen aus § 110 Abs. 1 und 5 TKG sowie aus der TKÜV¹⁷⁷ ein Zwangsgeld bis zu €500.000,- verhängt werden. Darüber

¹⁷⁴ Sog. Möglichkeitstheorie.

¹⁷⁵ Sperlich in Umbach et al. 2005, § 90 Rn. 134.

¹⁷⁶ BVerfGE 46, 246, 256; 81, 70, 82.

¹⁷⁷ Diese ist eine Rechtsverordnung nach § 110 Abs. 2 TKG i.S.v. § 115 Abs. 1 Nr.1 TKG.

hinaus kann gem. § 115 Abs. 3 TKG der weitere Geschäftsbetrieb teilweise oder sogar ganz untersagt werden. Beide Risiken können den Betroffenen nicht zugemutet werden, um – erst und zunächst – auf der Grundlage eines solchen nachteiligen Verwaltungsaktes auf dem Verwaltungsrechtsweg die Verfassungsmäßigkeit der hier angegriffenen Normen zur Überprüfung zu stellen. An der Gültigkeit dieser Prinzipien hat sich durch den Kammerbeschluss vom 21.6.2006 im Fall 'Starostik' nicht geändert¹⁷⁸. Den Beschluss zur teilweisen Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde begründet die Kammer ausschließlich mit der nicht ausreichend substantiierten Darlegung, warum es für die Beschwerdeführer unzumutbar sei, gegen die Inpflichtnahme wenigstens indirekt fachgerichtlichen Rechtsschutz zu erlangen¹⁷⁹. Diese Gründe werden im vorliegenden Fall hinreichend deutlich.

(b) Zu beachten ist ferner die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde. Gemäß **§ 90 Abs. 2 BVerfGG** ist die Verfassungsbeschwerde nur zulässig, wenn der Beschwerdegegenstand ein Gesetz ist oder wenn zuvor der Rechtsweg zu den Fachgerichten erschöpft ist. Dies ist unproblematisch, soweit vorliegend § 110 Abs. 1 Nr. 1 TKG gerügt wird. Im Ergebnis kann aber auch die TKÜV direkt angegriffen werden. Es handelt sich nämlich um eine Bundesverordnung. Gegen eine solche ist die für Verordnungen sonst regelmäßig vorgesehene Normenkontrolle gemäß § 47 VwGO nicht zulässig¹⁸⁰. Ein anderer Rechtsweg ist ebenfalls nicht gegeben.

(c) Problematisch ist weiterhin die **Klagefrist gem. § 93 Abs. 3 BVerfGG**. Diese beträgt ein Jahr ab Inkrafttreten. Dieses Erfordernis ist im Hinblick auf die TKÜV-neu erfüllt. Die vorliegend ebenfalls als verfassungswidrig eingeschätzten Kostenregelungen sind jedoch bereits älteren Datums (TKG: 25.6.2004; JVEG: 5.5.2004) und damit im Wege der Verfassungsbeschwerde grundsätzlich nicht mehr angreifbar.

Eine Ausnahme besteht allerdings für Fälle, in denen schon bestehende, gegenüber der subjektiven Verfassungsbeschwerde eigentlich unangreifbar gewordene, Normen in einen anderen gesetzlichen Kontext gestellt wurden, sodass von der Anwendung der älteren Vorschrift neue belastende Wirkungen ausgehen können. In diesem Fall wird nach der ständigen Rspr. des BVerfG die Jahresfrist, innerhalb derer Verfassungsbeschwerden gegen Normen zulässig sind, auch für die ältere Norm erneut in Gang gesetzt¹⁸¹.

So liegt der Fall hier. Die angegriffenen Regelungen (§ 110 Abs. 1 Nr.1 i.V.m. Abs. 9 S. 2 TKG sowie § 23 Abs. 1 JVEG) stehen in einem notwendigen Sachzusammenhang mit § 4 TKÜV. Durch die TKÜV wird der *neue Abhöratbestand Auslandskopfüberwachung* und damit zugleich eine *neue, zusätzliche Kostenlast geschaffen*. Die Neuartigkeit dieser Abhörart

¹⁷⁸ Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen die Vorratsdatenspeicherung u.a, Az. 1 BvR 1299/05.

¹⁷⁹ Kammerbeschluss vom 21.6.2006: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20060621_1bvr129905.html

¹⁸⁰ Vgl. für alle *Schmidt in Eyermann et al.* 2006, § 47 Rn. 9 (m.w.N.).

¹⁸¹ Vgl. *Schmidt-Bleibtreu in Maunz et. al.* 2005, § 93 Rn. 45 (m.w.N.).

ergibt sich, wie oben im einzelnen ausgeführt, sowohl in rechtlicher wie auch in technischer Hinsicht. Rechtlich ist entscheidend, dass Abhören im Ausland bis dato im Wege der Rechtshilfe, d.h. durch die Strafverfolgungsbehörden im Amtswege und ohne Hinzuziehung der inländischen TK-Unternehmen möglich war und entsprechend durchgeführt wurde. Ein Abhören in das Ausland hinein, wie es die Regelung zur Auslandskopfüberwachung in § 4 TKÜV-neu nunmehr vorsieht, war gem. § 4 TKÜV-alt sogar *ausdrücklich ausgeschlossen*. Die Neuartigkeit zeigt sich aber auch in technischer Hinsicht. Denn es muss neue Hard- und Software angeschafft werden, die zusätzlich zu den bestehenden Einrichtungen zur Inlandsüberwachung implementiert werden muss.

Wären das TKG sowie das JVEG im Hinblick auf diesen neuen Sachverhalt nicht (mehr) justiziabel, könnte der Staat den Unternehmen unbegrenzt neue Aufgaben übertragen und zugleich die Kosten dafür auferlegen, ohne dass diese sich dagegen rechtlich zur Wehr setzen könnten. Ein nächster Schritt der Überwachung ist mit der von Seiten der EU zwingend geforderten Vorratsdatenspeicherung bereits absehbar.

Eine Klage wäre mithin zulässig, *soweit* sie sich gegen diese *zusätzliche* Kostenbelastung durch die Auslandskopfüberwachung richtet. Insofern handelt sich nicht um einen Fall der lediglich intensivierten Beschwer, für den das BVerfG einen erneuten Fristlauf nicht anerkennt¹⁸². Gerügt wird nicht eine intensiverte Grundrechtsverletzung, sondern eine neue.

3. Ergebnis

- Auf das fehlerhafte Notifizierungsverfahren kann eine Verfassungsbeschwerde nach derzeitigem Prüfungsstand mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht erfolgreich gestützt werden. Fraglich ist unter anderem, ob die nicht ordnungsgemäß notifizierten Änderungen als wesentlich im Sinne der EU-Informationsrichtlinie zu bewerten sind. Fraglich erscheint auch die subjektive Betroffenheit der TK-Unternehmen in ihren Grundrechten und damit die Klagebefugnis.
- Die Heranziehung der TK-Unternehmen zur Auslandskopfüberwachung gem. § 4 TKÜV ist unter verfassungsrechtlicher Perspektive als unverhältnismäßiger Eingriff in die nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit der TK-Unternehmen zu qualifizieren.
- Darüber hinaus verstoßen auch die derzeitigen Kostenregelungen – jedenfalls was die Auslandskopfüberwachung als weiteren, neuen Überwachungstatbestand betrifft –

¹⁸² Einen solchen Fall nähme das BVerfG an, wenn der Beschwerdeführer geltend macht, das Gesetz sei von vornherein verfassungswidrig gewesen oder "wenn unter Zugrundelegung der Begründung der Verfassungsbeschwerde auch schon die anfängliche geringere Beschwer verfassungswidrig gewesen sein soll"; Vgl. BVerfG, 2 BvR 1828/01 vom 3.1.2002:

http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20020103_2bvr182801.html

gegen Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 und 3 Abs. 1 GG. Dies gilt sowohl für die Infrastruktur- als auch für die Durchführungskosten. Eine entsprechende Rüge ist wegen der zwischenzeitlicher Verfristung der Rügefähigkeit hinsichtlich der Kostenbelastung bezogen auf die inländische TKÜ nur zulässig, soweit es die mit der AKÜ verbundenen (zusätzlichen) Kostenlasten betrifft.

Literaturverzeichnis:

Abele, R. (1998): Anmerkung zu EuGH, EuZW 1998, S. 569ff. (Fall Lemmens), EuZW 1998, S. 571f.

Albecht, H.-J. (2003): Der erweiterte Sicherheitsbegriff und seine Folgen. In: Republikanischer Anwaltsverein, Info-Brief Nr. 91: <http://www.rav.de/infobrief91/albrecht.htm>

Albrecht, H.-J., Dorsch, C. u. Krüpe, C. (2003): Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen. Freiburg i.Br. 2003.

Albrecht, H.-J., Grafe, A. u. Kilchling, M. (2008): Rechtswirklichkeit der Auskunftserteilung über Telekommunikationsverbindungsdaten nach §§ 100g, 100h StPO. Freiburg i.Br. 2008 (im Erscheinen).

Elektronische Version als download unter <http://www.bmj.de/files/-/3045/MPI-GA-2008-02-13%20Endfassung.pdf>

Bergmann, J. (2005): Das Bundesverfassungsgericht in Europa, in: *Umbach, D.C. et al.* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch. 1. Aufl. Heidelberg 2005, S. 129ff.

Beyer, G. (1976): Zur Beschwerdebefugnis von Verbänden wegen Grundrechtsverletzungen. Berlin 1976.

Büchner W. et al. (Hrsg.) (2000). Beck'scher TKG-Kommentar. 2. Aufl. München 2000.

Bülligen, F. u. Hillebrand, A. (2003): Rechtlicher Rahmen für das Angebot von TK-Diensten und den Betrieb von TK-Anlagen in den G7-Staaten in Bezug auf die Sicherstellung der Überwachbarkeit der Telekommunikation. WIK-Consult-Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, Bad Honnef 2003:

<http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Wirtschaft/Telekommunikation-und-Post/Sicherheit-in-der-Telekommunikation/studien-zur-sicherheit-in-der-telekommunikation.html>

(zitiert: WIK-Consult-Studie 2003)

Bundesministerium der Justiz (1999): Handbuch der Rechtsförmlichkeit. Empfehlungen des Bundesministeriums der Justiz zur einheitlichen rechtsförmlichen Gestaltung von Gesetzen und Rechtsverordnungen nach § 38 Abs. 3 GGO II. 2. Aufl. Köln 1999.

Dreier, H. (Hrsg.) (1996): Grundgesetz. Band I. Tübingen 1996.

Elicker, M. (2003): Der Grundsatz der Lastengleichheit als Schranke der Sonderabgaben, Inpflichtnahmen und Dienstleistungspflichten, NVwZ 2003, S. 304ff.

Europäische Kommission (1998): Vademekum zur Richtlinie 98/48/EG, Dok. S-42/98 – DE (endg.).

European Parliament (1999): Scientific and Technological Options Assessment (STOA) – Development of surveillance technology and risk of abuse of economic information, working paper 1 of 4: *Bogonikolos-Zeus, N.*, Development of surveillance technology and risk of abuse of economic information. European Parliament working paper Nr. PE 168. 184/Int.St./1/4, Luxemburg Mai 1999 (zitiert: *European Parliament* 1999).

Eyermann, E. (2006): Verwaltungsgerichtsordnung. 12. Aufl. München 2006.

Friedrich, D. (2001): Die Verpflichtung privater Telekommunikationsunternehmen, die staatliche Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation zu ermöglichen. Aachen 2001.

- Hamm, R.* (2001): "Überwachungssicherheit" – wer soll sicher vor wem oder was sein? NJW 2001, S. 3100ff.
- Hammerstein, Chr. v.* (2004): Kostentragung für staatliche Überwachungsmaßnahmen nach der TKG-Novelle, MMR 2004, S. 222ff.
- Hochreiter, M.* (2002): Die heimliche Überwachung internationaler Telekommunikation. München 2002.
- Ipsen, K.* (1999), Völkerrecht, 5. Auflage München 2004.
- Kilchling, M.* (1999): Geldwäsche und Gewinnabschöpfung in internationaler Perspektive, in: *Albrecht, H.-J.* (Hg.), Forschungen zu Kriminalität und Kriminalitätskontrolle am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i.Br., Freiburg i.Br. 1999, S. 79ff.
- Kilchling, M.* (2000), Die vermögensbezogene Bekämpfung der Organisierten Kriminalität, wistra 2000, S. 241ff.
- Kirchhof, G.* (2006): Kumulative Belastung durch unterschiedliche staatliche Maßnahmen, NJW 2006, S. 732ff.
- Kloepfer, M.* (2002): Informationsrecht. München 2002.
- Korte, S.* (2003): Grundrechtsgeltung für Personengesellschaften, JuS 2003, S. 444ff.
- Krüpe-Gescher, C.* (2005): Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO in der Rechtspraxis. Freiburg i.Br. 2005.
- Kube, H.* (2003): Einzelfragen zur Rechtmäßigkeitsprüfung von Grundrechtsschranken, JuS 2003, S. 461ff.
- Kube, H. u. Schütze, M.* (2003): Die Kosten der TK-Überwachung. Zum Ausgleich einer staatlichen Inpflichtnahme, CR 2003, S. 663ff.
- Lege, J.* (2002): Die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 I GG, JURA 2002, S. 753ff.
- Maunz, T. et al.* (2005): Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Loseblatt-Kommentar. Band 2. München, Stand: Januar 2005.
- Reinel, S.* (2006): Die Auslandskopfüberwachung – Rechtsstaat auf Abwegen?, wistra 2006, S. 205ff.
- Sachs, M.* (Hrsg.) (1999): Grundgesetz. 2. Aufl. München 1999.
- Sachs, M.* (2003): Grundrechts- und Parteifähigkeit der GbR, JuS 2003, S. 191f.
- Säcker, F.J.* (2006): Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz. Frankfurt/M. 2006.
- Schaap, H.U.* (2004): Gesetzliche Zusatzaufgaben der Banken: Staatliche Bürokratie auf Kosten Privater. Bundesverband Deutscher Banken:
<http://www.bankenverband.de/index.asp?channel=133810&art=1257>
- Schmidt-Bleibtreu, B. u. Klein, F.* (1999): Kommentar zum Grundgesetz. 9. Aufl. Neuwied u.a. 1999.
- Schmidt-Preuß, M.* (2005): Kurzgutachten über "Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Entschädigung für Leistungen der telekommunikations-Überwachung und der Auskunftserteilung", Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit, Ausschussdrucks. 15(9)1900, S. 92ff.; auch verfügbar unter http://www.sfu.ca/cprost/prepaid/relateddocs/Germany/Schmidt-PreuB_and_German_Constitution.pdf

- Scholz, R.* (1995): Zur Kostenerstattungspflicht des Staates für gesetzliche Maßnahmen der Telefonüberwachung, *Archiv PT* 1995, S. 169ff.
- Seidl-Hohenveldern, I., Stein, T.* (2000): *Völkerrecht*. 10. Aufl. Köln/Berlin/Bonn/München 2000.
- Seitz, N.* (2004): *Strafverfolgungsmaßnahmen im Internet*. Köln/Berlin/München 2004.
- Soiné, M.* (1997): Fahndung via Internet – 1. Teil. *NStZ* 1997, S. 166ff.
- Sommer, U.* (2005): Geldwäschemeldungen und Strafprozess, *StraFo* 2005, S. 327ff.
- Spatscheck, R. u. Alvermann, J.* (1999): Internet-Ermittlungen im Steuerstraßverfahren, *wistra* 1999, S. 333ff.
- Streinz, R.* (1999): Grenze der unmittelbaren Wirkung der EG-Informationsrichtlinie, *JuS* 1999, S. 599f.
- Streinz, R.* (2005): *Europarecht*. 7. Aufl. Heidelberg 2005.
- Tiedemann, J.* (2005): Die Auslandskopf-Überwachung nach der TKÜV 2005. *CR* 2005, S. 858ff.
- Umbach, D.C. u. Clemens, T.* (Hrsg.) (2002): *Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*. Band I. Heidelberg 2002.
- Waechter, K.* (1996): Bereitstellungspflichten für Fernmeldeanlagenbetreiber, *VerwArch* 1996, S. 68ff.
- Werner, G.* (1996): *Bekämpfung der Geldwäsche in der Kreditwirtschaft*. Freiburg i.Br. 1996.

Anhang 1: Chronologie zur Telekommunikations-Überwachungsverordnung (TKÜV)

- **22.01.2002:** TKÜV tritt in Kraft
Inhalt: Telekommunikation mit dem Ausland ist **nicht** zu erfassen (§ 3 a.F. TKÜV; ab dem **24.08.2002** war dies in § 4 TKÜV geregelt)
- **30.04.2003:** Referentenentwurf
Inhalt: § 4 TKÜV wird aufgehoben und damit die Auslandskopfüberwachung implizit ermöglicht
- **06.07.2004/ 03.09.2004:** weitere Referentenentwürfe unterschiedlichen Inhalts
- **13.12.2004:** Regierungsentwurf
Inhalt: § 4 TKÜV regelt Auslandskopfüberwachung explizit
- **Januar 2005:** Notifizierungsverfahren bei der EU-Kommission
- **12.08.2005 (nach Notifizierung):** nochmalige Änderung der §§ 3, 4 TKÜV, **BR-Drs. 631/05**
- **03.11.2005** TKÜV-neu ausgefertigt (**mit den nicht notifizierten Änderungen vom 12.8.**)
- **08.11.2005** TKÜV-neu wird verkündet (BGBl. I., S. 3136)
- **09.11.2005** TKÜV-neu tritt in Kraft

Anhang 2: Chronologie zum Telekommunikationsgesetz (TKG)

- **25.06.2004:** TKG verkündet
- **02.02.2005:** Entwurf eines "Gesetzes zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften" (Kabinettsentwurf), **BT-Drs. 15/5213:**
Inhalt: Entschädigungsregelung § 23 Abs. 5 JVEG (Übergangsregelung, bis die geplante Verordnung nach § 110 Abs. 9 TKG in Kraft tritt)
- **18.03.2005:** Stellungnahme und Änderungsvorschläge des Bundesrates zu diesem Entwurf
- **07.04.2005:** Gegenäußerung der Bundesregierung
- **15.04.2005:** Entwurf wird in Ausschüsse überwiesen
- **19.04.2005:** Änderungsantrag SPD/Grüne, **BT-Drs. 15(9)1867:**
Inhalt: Kostenregelung in einem § 113 a TKG und damit einhergehend Änderung von §23 Abs. 5 JVEG (bezogen auf § 113 a TKG)
- **12.05.2005:** öffentliche Anhörung zum Entwurf
- **17.06.2005:** Entwurf wird im Bundestag angenommen, **BT-Drs. 15/5694:**
Inhalt: ohne den vorgeschlagenen Kostenparagrafen § 113 a TKG
- **08.07.2005:** Bundesrat beschließt Anrufung des Vermittlungsausschusses
- **05.09.2005:** Vermittlungsausschuss vertagt Beratungen
Anmerkung: Damit ist der Gesetzentwurf gescheitert und muss in der neuen Legislaturperiode erneut eingebracht werden (Grundsatz der Diskontinuität, seit 18.09.2005 neuer Bundestag)
- **31.01.2006:** Entwurf eines "Gesetzes zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften"
Inhalt: entspricht vollinhaltlich dem Entwurf vom 02.02.2005
- **06.03.2006:** Stellungnahme des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie zu diesem neuen Entwurf
Inhalt: Mahnung die Entschädigungsregelungen ins Gesetzgebungsverfahren einzubringen
- **17.05.2006:** Neuerlicher Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein "Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften"
Inhalt: Novellierung des Kundenschutzes durch Integration der bislang in der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung (TKV) enthaltenen Regelungen in das TKG; keine neuen Vorschläge zur Kostenregelung bei der TKÜ

Anhang 3: Synopse TKÜV-alt (2002) versus TKÜV-neu (2005) [Auszüge]

alte Fassung	neue Fassung
Verordnung über die technische und organisatorische Umsetzung von Maßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation (Telekommunikations-Überwachungsverordnung –TKÜV)	Verordnung über die technische und organisatorische Umsetzung von Maßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation (Telekommunikations-Überwachungsverordnung –TKÜV)
Vom 22. Januar 2002	Vom 3. November 2005
Unter Berücksichtigung der Ersten Verordnung zur Änderung der Telekommunikations-Überwachungsverordnung vom 16. August 2002 (BGBl. I. S. 3317), die am 24. August 2002 in Kraft getreten ist (Ergänzung der TKÜV um Maßnahmen nach §§5 und 8 G 10), sowie Artikel 328 der Achten Zuständigkeitsverordnung vom 25. November 2003 (BGBl. I. S. 2304), die am 28. November in Kraft getreten ist	
Auf Grund des § 88 Abs. 2 Satz 2 und 3, Abs. 4 Satz 2 und Abs. 5 Satz 2 der Telekommunikationsgesetzes vom 25. Juli 1996 (BGBl. I. S. 1120), der durch Artikel 2 Abs. 34 Nr. 2 des Begleitgesetzes zum Telekommunikationsgesetz vom 17. Dezember 1997 (BGBl. I. S. 3108) geändert worden ist, verordnet die Bundesregierung:	Auf Grund des § 110 Abs. 2, 6 Satz 2 und Abs. 8 Satz 2 des Telekommunikationsgesetzes vom 22. Juni 2004 (BGBl. I S. 1190) verordnet die Bundesregierung:
Teil 1 Allgemeine Vorschriften, Begriffsbestimmungen	Teil 1 Allgemeine Vorschriften (...)
§ 1 Zweck der Verordnung	§ 1 Gegenstand der Verordnung
Zweck der Verordnung ist es,	Diese Verordnung regelt
1. die Anforderungen an die Gestaltung der technischen Einrichtungen zu regeln, die für die Umsetzung der	1. die grundlegenden Anforderungen an die Gestaltung der technischen Einrichtungen, die für die Umsetzung der

alte Fassung	neue Fassung
a) in den §§ 100a und 100b der Strafprozessordnung,	a) in den §§ 100a und 100b der Strafprozessordnung,
b) in den §§ 3, 5 und 8 des Artikel 10-Gesetzes sowie c) in den §§ 39 bis 43 des Außenwirtschaftsgesetzes	b) in den §§ 3, 5 und 8 des Artikel 10-Gesetzes (...), c) in den §§ 23a bis 23c und 23e des Zollfahndungsdienstgesetzes sowie
vorgesehenen Maßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation erforderlich sind, sowie organisatorische Grundsätze für die Umsetzung derartiger Maßnahmen mittels dieser Einrichtungen festzulegen,	d) im Landesrecht vorgesehenen Maßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation erforderlich sind, sowie organisatorische Eckpunkte für die Umsetzung derartiger Maßnahmen mittels dieser Einrichtungen (...),
2. das Genehmigungsverfahren und das Verfahren der Abnahme nach § 88 Abs. 2 Nr.2 des Telekommunikationsgesetzes festzulegen.	2. den Rahmen für die Technische Richtlinie nach § 110 Abs. 3 des Telekommunikationsgesetzes,
	3. das Verfahren für den Nachweis nach § 110 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und 4 des Telekommunikationsgesetzes,
	4. die Ausgestaltung der Verpflichtungen zur Duldung der Aufstellung von technischen Einrichtungen für Maßnahmen der strategischen Kontrolle nach § 5 oder § 8 des Artikel 10-Gesetzes sowie des Zugangs zu diesen Einrichtungen,
3. gemäß § 88 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 des Telekommunikationsgesetzes zu bestimmen, bei welchen Telekommunikationsanlagen die durch § 88 Abs. 1 des Telekommunikationsgesetzes geforderten technischen Einrichtungen zur Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen nicht	5. (...)bei welchen Telekommunikationsanlagen dauerhaft oder vorübergehend keine technischen Einrichtungen zur Umsetzung von Anordnungen zur Überwachung der Telekommunikation vorgehalten oder keine organisatorischen Vorkehrungen getroffen werden müssen,

alte Fassung	neue Fassung
zu gestalten und vorzuhalten sind,	
4. Regelungen für die gemäß § 88 Abs. 2 Satz 3 des Telekommunikationsgesetzes vorgesehenen Ausnahmefälle zu treffen, in denen von der Erfüllung einzelner technischer Anforderungen abgesehen werden kann,	6. welche Ausnahmen (...) von der Erfüllung einzelner technischer Anforderungen die Bundesnetzagentur zulassen kann,
5. die Anforderungen an die Netzzugänge nach § 88 Abs. 4 des Telekommunikationsgesetzes festzulegen, an die die Aufzeichnungseinrichtungen der berechtigten Stellen angeschlossen werden, sowie	7. die Anforderungen an die Aufzeichnungsanschlüsse (...) , an die die Aufzeichnungseinrichtungen der berechtigten Stellen angeschlossen werden, sowie
6. die Ausgestaltung der gemäß § 88 Abs. 5 des Telekommunikationsgesetzes zu erstellenden Jahresstatistik festzulegen.	8. die Ausgestaltung der Statistik nach § 110 Abs. 8 des Telekommunikationsgesetzes.
§ 2 Begriffsbestimmungen	§ 2 Begriffsbestimmungen
Im Sinne dieser Verordnung ist	Im Sinne dieser Verordnung ist
1. Anordnung	1. Anordnung
Die Anordnung zur Beschränkung des Fernmeldegeheimnisses nach § 10 des Artikel 10-Gesetzes, § 100b der Strafprozessordnung oder § 40 des Außenwirtschaftsgesetzes;	die Anordnung zur Überwachung der Telekommunikation nach (...) § 100b der Strafprozessordnung, § 10 des Artikel 10-Gesetzes, § 23b des Zollfahndungsdienstgesetzes oder nach Landesrecht;
2. Anschluss	2. Aufzeichnungsanschluss
Die netzseitige technische Einrichtung eines Netzzugangs gemäß § 3 Nr. 9 des Telekommunikationsgesetzes, der durch einen Teilnehmer mittels geeigneter Endgeräte benutzt wird;	der Teilnehmeranschluss (§ 3 Nr. 21 des Telekommunikationsgesetzes) einer berechtigten Stelle, an den deren Aufzeichnungseinrichtungen angeschlossen werden (Netzabschlusspunkt im Sinne von § 110 Abs. 6 des Telekommunikationsgesetzes);
3. berechnigte Stelle	3. berechnigte Stelle

alte Fassung	neue Fassung
eine nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Artikel 10-Gesetzes, § 100b Abs. 3 Satz 1 des Außenwirtschaftsgesetzes zur Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation berechtigte Stelle;	die nach § 100b Abs. 3 Satz 1 der Strafprozessordnung, § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Artikel 10-Gesetzes, § 23a Abs. 1 Satz 1 des Zollfahndungsdienstgesetzes oder nach Landesrecht auf Grund der jeweiligen Anordnung zur Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation berechtigte Stelle;
	4. Betreiber einer Telekommunikationsanlage
	das Unternehmen, das die tatsächliche Kontrolle über die Funktionen einer Telekommunikationsanlage ausübt;
	5. Bundesnetzagentur
	die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen; sie ist nach § 116 des Telekommunikationsgesetzes Regulierungsbehörde im Sinne des Telekommunikationsgesetzes;
4. Endgeräte	6. Endgeräte
die Endeinrichtung nach § 3 Nr. 3 des Telekommunikationsgesetzes, mittels derer ein Teilnehmer einen Anschluss zur Abwicklung seiner Telekommunikation nutzt;	die technische Einrichtung(...), mittels derer ein Nutzer einen Telekommunikationsanschluss zur Abwicklung seiner Telekommunikation nutzt;
5. Funkzelle	
der Versorgungsbereich innerhalb eines Mobilnetzes, der eine bestimmte geographische Fläche abdeckt;	
6. Kennung	
das in der Anordnung angegebene, auf eine Person bezogene technische Merkmal zur Bezeichnung der Telekommunikation, die überwacht werden soll;	
7. Kennzeichnung	
a) ein von der berechtigter Stelle vorgegebenes Merkmal zur eindeutigen Bezeichnung der zu überwachenden Kennung oder	
b) in den Fällen, in denen eine bestimmte zu überwachende Telekommunikation für die Übermittlung an die berechtigte Stelle in zwei oder mehr Teile aufgeteilt wird und diese Teile zeitlich versetzt oder auf voneinander getrennten Wegen	

alte Fassung	neue Fassung
übermittelt werden, die vom Verpflichteten zu vergebenden Zuordnungsmerkmale, aufgrund derer diese Teile einander zweifelsfrei zugeordnet werden können;	
8. Pufferung	7. Pufferung
die kurzzeitige Zwischenspeicherung von Informationen zur Vermeidung von Informationsverlusten während systembedingter Wartezeiten;	die kurzzeitige Zwischenspeicherung von Informationen zur Vermeidung von Informationsverlusten während systembedingter Wartezeiten;
9. Rufzone	
Ein Versorgungsbereich in einem Funkrufnetz	
	8. Referenznummer
	die von der berechtigten Stelle vorgegebene, auch nichtnumerische Bezeichnung der Überwachungsmaßnahme;
10. Speichereinrichtung	9. Speichereinrichtung
eine netzseitige Einrichtung zur vertragsgemäßen, teilnehmerorientierten Speicherung von Telekommunikation	eine netzseitige Einrichtung zur (...) Speicherung von Telekommunikation, die einem Teilnehmer oder sonstigen Nutzer zugeordnet ist;
11. Teilnehmer	
eine Person, die das Angebot von Telekommunikation oder Telekommunikationsdienstleistungen für eigene Telekommunikationszwecke nutzt;	
	10. Telekommunikationsanschluss
	der durch eine Rufnummer oder andere Adressierungsangabe eindeutig bezeichnete Zugang zu einer Telekommunikationsanlage, der es einem Nutzer ermöglicht, Telekommunikationsdienste mittels eines geeigneten Endgerätes zu nutzen;
12. Übergabepunkt	11. Übergabepunkt

alte Fassung	neue Fassung
der Punkt der technischen Einrichtungen des Verpflichteten, an dem er die Kopie der zu überwachenden Telekommunikation für die Übermittlung an die berechnigte Stelle bereitstellt; der Übergabepunkt kann als systeminterner Übergabepunkt gestaltet sein, der am Ort der Telekommunikationsanlage nicht physikalisch dargestellt ist;	der Punkt der technischen Einrichtungen des Verpflichteten, an dem er die Überwachungskopie bereitstellt; der Übergabepunkt kann als systeminterner Übergabepunkt gestaltet sein, der am Ort der Telekommunikationsanlage nicht physikalisch dargestellt ist;
	12. Übertragungsweg, der dem unmittelbaren teilnehmerbezogenen Zugang zum Internet dient
	die Verbindung zwischen dem Endgerät eines Internet-Nutzers und dem Netzknoten, der den Koppelpunkt zum Internet enthält, soweit nicht die Vermittlungsfunktion eines Netzknotens genutzt wird, der dem Zugang zum Telefonnetz dient;
	13. Überwachungseinrichtung die für die technische Umsetzung von Anordnungen erforderlichen technischen Einrichtungen des Betreibers einer Telekommunikationsanlage einschließlich der zugehörigen Programme und Daten;
	14. Überwachungskopie die für die technische Umsetzung von Anordnungen erforderlichen technischen Einrichtungen des Betreibers einer Telekommunikationsanlage einschließlich der zugehörigen Programme und Daten;
15. Überwachungsmaßnahme	15. Überwachungsmaßnahme
eine Maßnahme zur Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b der Strafprozessordnung, den §§ 3, 5 oder 8 des Artikel 10-Gesetzes, den §§ 39 bis 43 des Außenwirtschaftsgesetzes;	eine Maßnahme zur Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b der Strafprozessordnung, den §§ 3, 5 oder 8 des Artikel 10-Gesetzes, den §§ 23a bis 23c des Zollfahndungsdienstgesetzes oder nach Landesrecht;
14. Verpflichteter	16. Verpflichteter

alte Fassung	neue Fassung
a) für Überwachungsmaßnahmen nach den §§ 100a, 100b der Strafprozessordnung, dem § 3 des Artikel 10-Gesetzes oder den §§ 39 bis 43 des Außenwirtschaftsgesetzes der Betreiber einer Telekommunikationsanlage gemäß § 3 Abs. 1, soweit sie nicht unter die Ausnahmeregelungen des § 3 Abs. 2 Satz 2 fällt, oder	wer nach dieser Verordnung technische oder organisatorische Vorkehrungen zur Umsetzung von Anordnungen zu treffen hat;
b) für Überwachungsmaßnahmen nach § 5 oder § 8 des Artikel 10-Gesetzes der Betreiber gemäß § 26 Abs. 1 Satz 1, soweit er nicht unter die Ausnahmeregelung des § 26 Abs. 1 Satz 2 fällt;	
15. Zeichengabeinformation	
ein für den Verbindungsaufbau oder -abbau in Telekommunikationsnetzen notwendiges vermittlungstechnisches Steuerzeichen;	
16. zu überwachende Telekommunikation	17. zu überwachende Kennung
a) bei Überwachungsmaßnahmen nach den §§ 100a, 100b der Strafprozessordnung, dem § 3 des Artikel 10-Gesetzes oder den §§ 39 bis 43 des Außenwirtschaftsgesetzes die Telekommunikation, die auf Grund der erlassenen Anordnung der Überwachung unterliegt; sie umfasst jede Telekommunikation, die	a) das in der Anordnung angegebene technische Merkmal, durch das die zu überwachende Telekommunikation in der Telekommunikationsanlage des Verpflichteten gekennzeichnet ist, oder
aa) von der zu überwachenden Rufnummer oder anderen Kennung ausgeht, auch soweit sie der auf Teilnehmereingaben beruhenden Steuerung von Betriebsmöglichkeiten der zu überwachenden Kennung dient,	b) im Falle von Übertragungswegen, die dem unmittelbaren teilnehmerbezogenen Zugang zum Internet dienen, oder im Falle des § 5 oder des § 8 des Artikel 10-Gesetzes die in der Anordnung angegebene Bezeichnung des Übertragungswegs;
bb) für die zu überwachende Rufnummer oder andere Kennung bestimmt ist,	

alte Fassung	neue Fassung
cc) in eine Speichereinrichtung, die der zu überwachenden Rufnummer oder anderen Kennung zugeordnet ist, eingestellt oder aus dieser abgerufen wird oder	
dd) zu einer der zu überwachenden Kennung aktuell zugeordneten anderen Zieladresse um- oder weitergeleitet wird,	
und besteht aus den Informationen, die zwischen den Telekommunikationspartnern oder den von ihnen genutzten Speichereinrichtungen übermittelt werden (Inhalt), und den Daten über die die jeweilige Telekommunikation bezeichnenden näheren Umstände oder	
b) bei Überwachungsmaßnahmen nach § 5 oder § 8 des Artikel 10-Gesetzes die Telekommunikation, die auf dem in der Anordnung bezeichneten Übertragungsweg übertragen wird, einschließlich der auf diesem Übertragungsweg übermittelten Zeichengabeinformationen.	
	18. Zuordnungsnummer
	in Fällen, in denen die Überwachungskopie aufgeteilt und die Teile zeitlich versetzt oder auf voneinander getrennten Wegen an die berechnigte Stelle übermittelt werden, das vom Verpflichteten zu vergebende eindeutige, auch nichtnumerische Zuordnungsmerkmal, auf Grund dessen diese Teile einander zweifelsfrei zugeordnet werden können.

alte Fassung	neue Fassung
<p style="text-align: center;">Teil 2</p> <p>Maßnahmen nach den §§ 100a, 100b der Strafprozessordnung, § 3 des Artikel 10-Gesetzes und den §§ 39 bis 43 des Außenwirtschaftsgesetzes</p>	<p style="text-align: center;">Teil 2</p> <p>Maßnahmen nach den §§ 100a, 100b der Strafprozessordnung, § 3 des Artikel 10-Gesetzes, den §§ 23a bis 23c und 23e des Zollfahndungsdienstgesetzes oder nach Landesrecht</p>
<p style="text-align: center;">Abschnitt 1 Kreis der Verpflichteten, Grundsätze</p>	<p style="text-align: center;">Abschnitt 1 Kreis der Verpflichteten, Grundsätze</p>
<p style="text-align: center;">§ 3 Kreis der Verpflichteten</p>	<p style="text-align: center;">§ 3 Kreis der Verpflichteten</p>
<p>(1) Die Vorschriften dieses Teils gelten für die Betreiber von Telekommunikationsanlagen, mittels derer Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit (§ 3 Nr. 19 des Telekommunikationsgesetzes) angeboten werden. Werden mit einer Telekommunikationsanlage sowohl Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit als auch andere Telekommunikationsdienstleistungen erbracht, gelten die Vorschriften nur für den Teil der Telekommunikationsanlage, der der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit dient.</p>	<p>(1) ¹Die Vorschriften dieses Teils gelten für die Betreiber von Telekommunikationsanlagen, mit denen Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit (...) erbracht werden. ²Werden mit einer Telekommunikationsanlage sowohl Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit als auch andere Telekommunikationsdienste erbracht, gilt dies nur für den Teil der Telekommunikationsanlage, der der Erbringung von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit dient.</p>
<p>(2) Betreiber, die nicht unter Absatz 1 fallen, sind von der Pflicht befreit, technische Einrichtungen zur Umsetzung der gesetzlich vorgesehenen Maßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation vorzuhalten und vorbereitende organisatorische Vorkehrungen für die Umsetzung solcher Maßnahmen zu treffen. Dies gilt ebenso für Telekommunikationsanlagen nach Absatz 1, soweit</p>	<p>(2) ¹Für Telekommunikationsanlagen im Sinne von Absatz 1 müssen keine Vorkehrungen getroffen werden, soweit</p>

alte Fassung	neue Fassung
1. es sich um ein Telekommunikationsnetz handelt, das keine Teilnehmeranschlüsse aufweist und Teilnehmernetze miteinander verbindet,	1. es sich um ein Telekommunikationsnetz handelt, das Teilnehmernetze miteinander verbindet und keine Telekommunikationsanschlüsse aufweist,
2. sie Netzknoten sind, die der Zusammenschaltung mit dem Internet dienen,	2. sie Netzknoten sind, die der Zusammenschaltung mit dem Internet dienen,
3. sie aus Übertragungswegen gebildet werden, die nicht dem unmittelbaren teilnehmerbezogenen Zugang zum Internet dienen,	3. sie aus Übertragungswegen gebildet werden, es sei denn, dass diese dem unmittelbaren teilnehmerbezogenen Zugang zum Internet dienen,
4. sie der Verteilung von Rundfunk oder anderen für die Öffentlichkeit bestimmten Diensten, dem Abruf von allgemein zugänglichen Informationen oder der Übermittlung von Messwerten, nicht individualisierten Daten, Notrufen oder Informationen für die Sicherheit und Leichtigkeit des See- oder Luftverkehrs dienen, oder	4. sie ausschließlich der Verteilung von Rundfunk oder anderen für die Öffentlichkeit bestimmten Diensten, dem Abruf von allgemein zugänglichen Informationen oder der Übermittlung von Messwerten, nicht individualisierten Daten, Notrufen oder Informationen für die Sicherheit und Leichtigkeit des See- oder Luftverkehrs dienen, oder
5. an sie nicht mehr als 1000 Teilnehmer angeschlossen sind.	5. an sie nicht mehr als 1 000 Teilnehmer oder sonstige Nutzungsberechtigte angeschlossen sind.
<p>²§ 100b Abs. 3 Satz 1 der Strafprozessordnung, § 2 Abs. 1 Satz 3 des Artikel 10-Gesetzes, § 23a Abs. 8 des Zollfahndungsdienstgesetzes sowie § 39 Abs. 5 des Außenwirtschaftsgesetzes bleiben unberührt.</p>	<p>²Satz 1 Nr. 1 und 5 gilt nicht für Netzknoten, die der Vermittlung eines öffentlich zugänglichen Telefondienstes ins Ausland dienen. 100b Abs. 3 Satz 1 der Strafprozessordnung, § 2 Abs. 1 Satz 3 des Artikel 10-Gesetzes, § 23a Abs. 8 des Zollfahndungsdienstgesetzes sowie die Vorschriften des Landesrechts über Maßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation bleiben unberührt.</p>
<p style="text-align: center;">§ 4 Grenzen des Anwendungsbereichs</p>	<p style="text-align: center;">§ 4 Grenzen des Anwendungsbereichs</p>
Telekommunikation, bei der die Telekommunikationsanlage im Rahmen der üblichen Betriebsverfahren erkennt, dass sich das von	(1) Telekommunikation, bei der die Telekommunikationsanlage im Rahmen der üblichen Betriebsverfahren erkennt, dass sich das

alte Fassung	neue Fassung
<p>der zu überwachenden Person genutzte Endgerät im Ausland befindet, ist nicht zu erfassen, es sei denn, die zu überwachende Telekommunikation wird an einen im Inland gelegenen Anschluss um- oder weitergeleitet.</p>	<p>Endgerät, das die zu überwachende Kennung nutzt, im Ausland befindet, ist nicht zu erfassen, es sei denn, die zu überwachende Telekommunikation wird an einen im Inland gelegenen Telekommunikationsanschluss oder an eine im Inland befindliche Speichereinrichtung um- oder weitergeleitet.</p>
	<p>(2) ¹Die Telekommunikation ist jedoch in den Fällen zu erfassen, in denen sie von einem den berechtigten Stellen nicht bekannten Telekommunikationsanschluss herrührt und für eine in der Anordnung angegebene ausländische Rufnummer bestimmt ist.</p> <p>²Die technische Umsetzung derartiger Anordnungen ist vom Verpflichteten in Abstimmung mit der Bundesnetzagentur zu regeln, wobei hinsichtlich der Gestaltung der Überwachungseinrichtung und des Übergabepunktes von § 5 Abs. 1 Nr. 1 und 4, § 6 Abs. 3, § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, 4 und 7 und Abs. 2 bis 4 sowie § 12 Abs. 1 Satz 1, 3 und 4 abgewichen werden kann. Die §§ 21 und 22 sind im Rahmen von Überwachungsmaßnahmen nach Satz 1 nicht anzuwenden.</p>
<p>§ 5 Grundsätze</p>	<p>§ 5 Grundsätze</p>
	<p>(1) Die zu überwachende Telekommunikation umfasst bei Überwachungsmaßnahmen nach den §§ 100a, 100b der Strafprozessordnung, dem § 3 des Artikel 10-Gesetzes, den §§ 23a bis 23c des Zollfahndungsdienstgesetzes oder nach Landesrecht die Telekommunikation, die</p>
	<p>1. von der zu überwachenden Kennung ausgeht,</p>
	<p>2. für die zu überwachende Kennung bestimmt ist,</p>

alte Fassung	neue Fassung
	3. in eine Speichereinrichtung, die der zu überwachenden Kennung zugeordnet ist, eingestellt oder aus dieser abgerufen wird,
	4. der Steuerung von Betriebsmöglichkeiten des Telekommunikationsanschlusses, der der zu überwachenden Kennung zugeordnet ist oder einer der zu überwachenden Kennung zugeordneten Speichereinrichtung dient, oder
	5. zu einer der zu überwachenden Kennung aktuell zugeordneten anderen Zieladresse um- oder weitergeleitet wird,
	und besteht aus dem Inhalt und den Daten über die näheren Umstände der Telekommunikation.
<p>(1) Zur Umsetzung einer Überwachungsmaßnahme hat der Verpflichtete der berechtigten Stelle am Übergabepunkt eine vollständige Kopie der Telekommunikation bereitzustellen, die über seine Telekommunikationsanlage unter der zu überwachenden Kennung abgewickelt wird. Dabei hat er sicherzustellen, dass die bereitgestellten Daten ausschließlich die durch die Anordnung bezeichnete Telekommunikation enthalten</p>	<p>(2) Zur technischen Umsetzung einer Anordnung hat der Verpflichtete der berechtigten Stelle am Übergabepunkt eine vollständige Kopie der Telekommunikation bereitzustellen, die über seine Telekommunikationsanlage unter der zu überwachenden Kennung abgewickelt wird. Dabei hat er sicherzustellen, dass die bereitgestellten Daten ausschließlich die durch die Anordnung bezeichnete Telekommunikation enthalten. Bei Zusammenschaltungen mit Telekommunikationsnetzen anderer Betreiber hat er sicherzustellen, dass die Daten nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 im Rahmen der technischen Möglichkeiten übergeben werden.</p>
<p>(2) Der Verpflichtete hat sicherzustellen, dass er die Umsetzung einer Anordnung eigenverantwortlich vornehmen kann. In diesem Rahmen ist die Wahrnehmung der im Überwachungsfall erforderlichen Tätigkeiten durch einen Erfüllungsgehilfen zulässig, der jedoch nicht der berechtigten Stelle angehören darf.</p>	<p>(3) Der Verpflichtete hat sicherzustellen, dass er die Umsetzung einer Anordnung eigenverantwortlich vornehmen kann. In diesem Rahmen ist die Wahrnehmung der im Überwachungsfall erforderlichen Tätigkeiten durch einen Erfüllungsgehilfen zulässig, der jedoch nicht der berechtigten Stelle angehören darf.</p>
<p>(3) Der Verpflichtete hat sicherzustellen, dass die technische Umsetzung einer Anordnung weder von den an der Telekommunikation Beteiligten noch von Dritten feststellbar ist. Insbesondere dürfen die Betriebsmöglichkeiten des</p>	<p>(4) Der Verpflichtete hat sicherzustellen, dass die technische Umsetzung einer Anordnung weder von den an der Telekommunikation Beteiligten noch von Dritten feststellbar ist. Insbesondere dürfen die Betriebsmöglichkeiten des</p>

alte Fassung	neue Fassung
Telekommunikationsanschlusses, der durch die zu überwachende Kennung genutzt wird, durch die technische Umsetzung einer Anordnung nicht verändert werden.	Telekommunikationsanschlusses, der durch die zu überwachende Kennung genutzt wird, durch die technische Umsetzung einer Anordnung nicht verändert werden.
(4) Der Verpflichtete hat der berechtigten Stelle unmittelbar nach Abschluss der für die technische Umsetzung einer Anordnung erforderlichen Tätigkeiten den tatsächlichen Einrichtungszeitpunkt sowie die tatsächlich betroffene Kennung mitzuteilen. Dies gilt entsprechend für die Übermittlung einer Information zum Zeitpunkt der Beendigung einer Überwachungsmaßnahme.	(5) Der Verpflichtete hat der berechtigten Stelle unmittelbar nach Abschluss der für die technische Umsetzung einer Anordnung erforderlichen Tätigkeiten den tatsächlichen Einrichtungszeitpunkt sowie die tatsächlich betroffene Kennung mitzuteilen. Dies gilt entsprechend für die Übermittlung einer Information zum Zeitpunkt der Beendigung einer Überwachungsmaßnahme.
(5) Der Verpflichtete hat Engpässe, die bei gleichzeitiger Durchführung mehrerer Überwachungsmaßnahmen auftreten, unverzüglich zu beseitigen.	(6) Der Verpflichtete hat Engpässe, die bei gleichzeitiger Durchführung mehrerer Überwachungsmaßnahmen auftreten, unverzüglich zu beseitigen.
§ 30 Übergangsvorschriften	§ 30 Übergangsvorschriften
(1) Soweit zur Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen erforderliche technische Einrichtungen durch diese Rechtsverordnung erstmals vorgeschrieben werden oder durch diese Rechtsverordnung geänderte Anforderungen an bestehende Einrichtungen gestellt werden, sind die entsprechenden technischen Einrichtungen unverzüglich, spätestens ab dem 1. Januar 2005 verfügbar zu halten. Für die Bereitstellung der technischen Einrichtungen zur Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen nach den §§ 5 und 8 des Artikel 10-Gesetzes endet die Frist am 30. Juni 2003. (2) – (3) [...]	
	(1) ¹ Für Überwachungseinrichtungen, für die bereits eine Genehmigung nach § 19 der Telekommunikations-Überwachungsverordnung vom 22. Januar 2002 (BGBl. I S.

alte Fassung	neue Fassung
	<p>458), zuletzt geändert durch Artikel 3 Abs. 18 des Gesetzes vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970), oder das Einvernehmen nach § 16 der Fernmeldeverkehr-Überwachungs-Verordnung vom 18. Mai 1995 (BGBl. I S. 722), geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 26. Juni 2001 (BGBl. I S. 1254), erteilt wurde, ist kein Nachweis nach § 19 erforderlich, sofern die Auflagen aus der Genehmigung erfüllt werden; § 110 Abs. 5 des Telekommunikationsgesetzes bleibt unberührt.</p> <p>²Betreiber, die Telekommunikationsanlagen nach § 3 Abs. 2 Satz 2 betreiben, haben die erforderlichen Überwachungseinrichtungen ab dem 1. Februar 2007 vorzuhalten; ab diesem Zeitpunkt haben sie auch die erforderlichen organisatorischen Vorkehrungen zu treffen. Betreiber nach § 26 Abs. 1, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verordnung noch keine Vorkehrungen zur Umsetzung von Maßnahmen nach den §§ 5 und 8 des Artikel 10-Gesetzes getroffen haben, können einen Antrag nach § 26 Abs. 2 Satz 1 noch bis zum 31. August 2006 stellen.</p>
	<p>(2) Bei den bestehenden Telekommunikationsanlagen für den Datenfunk oder für globale mobile Telekommunikation über geostationäre Satelliten sind die bestehenden technischen Abweichungen von den Vorschriften dieser Verordnung im Rahmen des am 29. Januar 2002 verfügbaren technischen Verfahrens bis zur Erneuerung der Systemtechnik, längstens jedoch bis zum 31. Dezember 2006 zulässig.</p>
	<p>(3) Für die erste nach Inkrafttreten dieser Verordnung zu erstellende Jahresstatistik nach § 25 sind auch die Daten zu berücksichtigen, die vor Inkrafttreten dieser Verordnung auf Grund der bisherigen Vorschriften zu erheben waren.</p>

Anhang 4: Dokumentation österreichische Überwachungskostenverordnung

BUNDESGESETZBLATT FÜR DIE REPUBLIK ÖSTERREICH

Jahrgang 2004 Ausgegeben am 12. August 2004 Teil II

322. Verordnung: Überwachungskostenverordnung – ÜKVO

322. Verordnung der Bundesministerin für Justiz über den Ersatz der Kosten der Betreiber für die Mitwirkung an der Überwachung einer Telekommunikation (Überwachungskostenverordnung – ÜKVO)

Auf Grund des § 94 Abs. 2 des Telekommunikationsgesetzes 2003, BGBl. I Nr. 70, wird im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie, dem Bundesminister für Finanzen, dem Bundesminister für Inneres und dem Bundesminister für Landesverteidigung verordnet:

1. Abschnitt

Allgemeine Bestimmungen

Anwendungsbereich

§ 1. (1) Der Ersatz der Kosten für die Mitwirkung eines Betreibers an der Überwachung einer Telekommunikation nach den Bestimmungen der Strafprozessordnung 1975 (StPO), BGBl. Nr. 531, ist nach den Bestimmungen dieser Verordnung geltend zu machen und zu bestimmen.

(2) Ein Kostenersatz kann nur für jene Leistungen begehrt werden, die dem Betreiber vom Gericht gemäß § 149c Abs. 1 zweiter Satz StPO aufgetragen und von ihm auch tatsächlich erbracht wurden. Bestehen Zweifel über Inhalt und Umfang des gerichtlichen Auftrags, so ist das Gericht um dessen Ergänzung zu ersuchen.

(3) Ist die Überwachung aus Verschulden des Betreibers ergebnislos geblieben, so gebührt kein Ersatz der Kosten. Kann die Überwachung aus Verschulden des Betreibers nicht im Sinne des gerichtlichen Auftrags durchgeführt werden, so ist die Höhe des Ersatzes nach richterlichem Ermessen unter Bedachtnahme auf das den Betreiber treffende Verschulden, die Dringlichkeit des Verfahrens und das Ausmaß der Nichterfüllung um insgesamt bis zu einem Viertel zu mindern.

Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Sinne dieser Verordnung bedeutet

1. „Standortbestimmung“ die Ermittlung des räumlichen Bereichs, in dem sich ein durch einen bestimmten Teilnehmeranschluss gekennzeichnetes Endgerät befindet oder befunden hat (§ 149a Abs. 1 Z 1 lit. a StPO);
2. „Ermittlung der Vermittlungsdaten“ die Feststellung, welche Teilnehmeranschlüsse Ursprung oder Ziel einer Telekommunikation sind oder waren (§ 149a Abs. 1 Z 1 lit. b StPO);
3. „Inhaltsüberwachung“ das Mithören, Abhören, Aufzeichnen, Abfangen oder sonstige Überwachen des Inhalts von Nachrichten, die durch Telekommunikation übermittelt oder empfangen werden (§ 149a Abs. 1 Z 1 lit. c StPO);
4. „IMEI-Nummer“ („International Mobile Equipment Identity“) die mit dem Endgerät verbundene Geräteseriennummer;
5. „IMSI-Nummer“ („International Mobile Subscriber Identification“) die zur internationalen Kennung des Teilnehmers dienende Nummer;
6. „PIN-Code“ („Personal Identification Number“) die persönliche Identifikationsnummer des Teilnehmers;
7. „PUK-Code“ („Personal Unlocking Key“) die vom Betreiber vergebene Nummer, die dem Teilnehmer die Überwindung der Sperre des PIN- Codes ermöglicht.

Umfang des Kostenersatzes

§ 3. (1) Der Umfang des Ersatzes richtet sich nach den Kosten (Personal- und Sachaufwendungen), die dem Betreiber durch die Erfüllung des gerichtlichen Auftrags notwendigerweise entstanden sind (§ 1 Abs. 2). Er ist nach den Bestimmungen des 2. Abschnitts zu bestimmen.

(2) Der Ersatz der Kosten umfasst auch die vom Betreiber zu entrichtende Umsatzsteuer, die in den Tarifen des 2. Abschnitts nicht enthalten und gesondert an- und zuzusprechen ist.

§ 4. Die Einrichtung der Überwachung einer Telekommunikation umfasst die Aufrechterhaltung, Wartung und Kontrolle der Überwachungseinrichtung sowie Auskünfte über die Überwachung an das Gericht und an die mit der Durchführung der Überwachung beauftragte Sicherheitsbehörde oder Sicherheitsdienststelle für jeden zu überwachenden Teilnehmeranschluss. Werden für einen Teilnehmeranschluss gleichzeitig oder in Ergänzung einer bereits laufenden Überwachung mehrere Überwachungsmaßnahmen nach § 149a Abs. 1 Z 1 lit. a bis c StPO angeordnet, so sind die Kosten nicht für jede einzelne Einrichtung oder Auswertung, sondern nur einfach nach dem höchsten für diese Leistung im 2. Abschnitt vorgesehenen Tarif geltend zu machen und zu bestimmen, es sei denn, dass die Anordnung sowohl einen vergangenen als auch einen aktuellen oder zukünftigen Überwachungszeitraum umfasst.

§ 5. Für Leistungen an Samstagen, Sonntagen und gesetzlichen Feiertagen sowie an Werktagen zwischen 22.00 und 6.00 Uhr gebührt dem Betreiber ein Zuschlag von 100 % für die in den Tarifen des 2. Abschnitts enthaltenen Personalkosten, es sei denn, dass die Leistungen ohne Nachteil für die Überwachung auch zu einem anderen Zeitpunkt hätten erbracht werden können.

Geltendmachung und Bestimmung des Kostenersatzes

§ 6. (1) Betreiber haben den Ersatz ihrer Kosten in Pauschalbeträgen nach Maßgabe der Bestimmungen des 2. Abschnitts binnen vier Wochen nach Abschluss der Überwachung bei sonstigem Verlust bei dem Gericht, das die Überwachung der Telekommunikation angeordnet hat, schriftlich in zweifacher Ausfertigung geltend zu machen. Soweit dem Betreiber vom Gericht nicht eine vorzeitige Beendigung der Überwachung bekannt gegeben wurde, gilt die Überwachung für die Berechnung der Frist mit Ablauf des letzten Tages des vom gerichtlichen Beschluss umfassten Überwachungszeitraums als abgeschlossen.

(2) Bestehen Zweifel über den Umfang der geleisteten Mitwirkung, so hat der Betreiber binnen 14 Tagen nach begründeter Aufforderung durch das Gericht die geltend gemachten Kosten in die einzelnen Kostenbestandteile aufzugliedern und Notwendigkeit und Umfang der Leistungen zu begründen.

(3) Im Übrigen gelten für den Umfang, die Geltendmachung und die gerichtliche Bestimmung des Kostenersatzes die §§ 25 Abs. 1 und 38 bis 42 des Gebührenanspruchsgesetzes 1975, BGBl. Nr. 136.

2. Abschnitt

Tarife

Standortbestimmung

§ 7. Die Kosten einer Standortbestimmung betragen

1. für eine Funkzellenauswertung
 - a) Ermittlung der Funkzelle..... Euro 148,00
 - b) Einrichtung pro Funkzelle Euro 64,00
 - c) Datensortierung und Auswertung pro Verbindungsdatensatz Euro 00,40
2. für eine Ermittlung von historischen Standortdaten bei zustande gekommenen Verbindungen
 - a) Einrichtung Euro 64,00
 - b) Auswertung pro überwachten Tag..... Euro 06,50
3. für eine Auswertung von Standortdaten für einen zukünftigen Überwachungszeitraum
 - a) Einrichtung Euro 64,00
 - b) Auswertung pro überwachten Tag..... Euro 06,50
4. für eine Ermittlung aktueller Standortdaten
 - a) Einrichtung pro Rufnummer..... Euro 37,00
 - b) Auswertung und Versand pro Abfrage ohne Plandarstellung/Landkarte Euro 16,00
 - c) Plandarstellung/Landkarte pro Abfrage..... Euro 16,00

Ermittlung von Vermittlungsdaten

§ 8. Die Kosten für die Ermittlung von Vermittlungsdaten auf Basis der Rufnummer, IMEI- Nummer oder IMSI- Nummer betragen

1. für die Ermittlung von historischen Vermittlungsdaten
 - a) Einrichtung Euro 64,00
 - b) Auswertung pro überwachten Tag..... Euro 06,50
 - c) Zusätzliche Ermittlung einer verwendeten IMEI- Nummer (im Mobilnetz) Euro 60,00
2. für die laufende Ermittlung von Vermittlungsdaten für einen zukünftigen Überwachungszeitraum
 - a) Einrichtung Euro 64,00
 - b) Auswertung pro überwachten Tag..... Euro 06,50
3. für die Ermittlung von Rufnummern auf Basis von IMEI- oder IMSI- Nummern
 - a) Datenraasterung..... Euro 60,00
 - b) Laufende Ermittlung von Rufnummern auf Basis von IMEI- oder IMSI- Nummern für einen zukünftigen Überwachungszeitraum pro überwachten Tag Euro 06,50

Inhaltsüberwachung

§ 9. Die Kosten für die Überwachung des Inhalts einer Telekommunikation betragen

1. für die Einrichtung und Herstellung der Überwachungsverbindung..... Euro 128,00
2. für das Aufrechterhalten der Verbindung, die Kontrolle und Auswertung der Daten
pro überwachten Tag..... Euro 25,00

PUK- Code

§ 10. Die Kosten für die Bekanntgabe des PUK- Codes betragen

- für die Ermittlung und Weiterleitung..... Euro 32,00

Transportkosten

§ 11. Ist zur Durchführung der Überwachung ein Transport von Zusatzgeräten erforderlich, so sind dem Betreiber die Kosten für die Benützung eines Kraftfahrzeuges zu ersetzen. Als Ersatz dieser Kosten gebührt die nach § 10 Abs. 3 der Reisegebührevorschrift 1955, BGBl. Nr. 133, hierfür vorgesehene Vergütung.

Sekretariatspauschale

§ 12. Die Sekretariatspauschale umfasst die Kosten für die Aufbereitung und Übermittlung der Daten, sofern diese nicht bereits in den vorhergehenden Tarifansätzen umfasst sind, sowie für die Herstellung sonstiger Unterlagen und Kostennoten. Sie beträgt

1. pro Beschluss Euro 15,20
2. pro Ergänzungsbeschluss Euro 05,60

3. Abschnitt

Schlussbestimmungen

§ 13. (1) Diese Verordnung tritt mit 1. September 2004 in Kraft. Sie ist auch auf Mitwirkungsleistungen anzuwenden, die ein Betreiber vor ihrem In-Kraft-Treten erbracht hat, soweit die Überwachung nach diesem Zeitpunkt endet.

(2) Der Bundesminister für Justiz hat die Entwicklung der Kosten nach den Bestimmungen dieser Verordnung in angemessenen Abständen zu überprüfen und im Fall einer maßgeblichen Veränderung der Kostenstrukturen und Kostenfaktoren eine Anpassung der im 2. Abschnitt angeführten Beträge für das folgende Kalenderjahr vorzunehmen.

§ 14. Verweisungen in dieser Verordnung auf andere Rechtsvorschriften des Bundes sind als Verweisungen auf die jeweils geltende Fassung zu verstehen.

Miklautsch