

## **Stellungnahme zum Gesetzesentwurf zur Anpassung der Regelungen über die Bestandsdatenauskunft an die Vorgaben aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (vom 27.05.2020)**

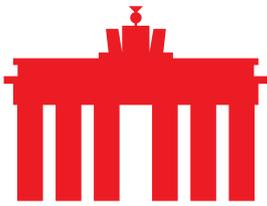
**Berlin, 01.12.2020**

Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf des Bundesministeriums des Inneren sollen die Regelungen zur Bestandsdatenauskunft an die Vorgaben aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts angepasst werden. In seinen Beschlüssen vom 27.05.2020, 1 BvR 1873/13 u. 1 BvR 2618/13 (Bestandsdatenauskunft II), erkannte das Gericht § 113 TKG und zahlreiche, fachgesetzliche Abrufregelungen der Behörden als unvereinbar mit dem Grundgesetz. Diese Regelungen dürfen höchstens bis 31.12.2021 Anwendung finden. Der Gesetzgeber hat durch die Verabschiedung des § 113 TKG gegen das Verbot der Normwiederholung verstoßen. Die nahezu, wortgleiche Vorgängernorm erklärte das Bundesverfassungsgericht bereits am 02.03.2010 für verfassungswidrig. Darüber hinaus sind zwei weitere Gesetzesvorhaben betroffen, das Gesetz zur Bekämpfung von Rechtsextremismus und Hasskriminalität und das Zollfahndungsdienstgesetz. Beide waren noch nicht verkündet. Für alle vorgenannten Gesetze werden nun Anpassungen vorgeschlagen. Der Gesetzesentwurf befindet sich weiterhin in der Ressortabstimmung.

eco nimmt die Gelegenheit zur Stellungnahme gerne wahr, beschränkt sich aber aufgrund der kurzen Kommentierungsfrist auf die wesentlichen Kritikpunkte. Weitere Anmerkungen werden wir im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens einbringen.

### **I. Hinweis auf Notifizierungspflicht**

eco erachtet den vorliegenden Gesetzesentwurf für notifizierungspflichtig. Dies ergibt sich aus der europäischen TRIS-Richtlinie 1535/2015. Die vorgeschlagenen Vorschriften im Referentenentwurf sind technische Vorschriften im Sinne der Richtlinie. Denn die vorgeschlagenen Normen sehen Übermittlungspflichten für Anbieter von Telekommunikations- und Telemediendiensten an Behörden für Zwecke der Strafverfolgung und Strafverhütung, zur Gefahrenabwehr und für nachrichtendienstliche Aufgaben vor. Die Notifizierungspflicht gilt auch für die Überarbeitung der Normvorschläge, die mit dem Gesetzesentwurf zur Bekämpfung von Rechtsextremismus und Hasskriminalität am 17.02.2020 notifiziert wurden (Az. TRIS [2020/65/D](#)). Die Regelungen § 15a und § 15b TMG-E wurden im Rahmen des vorliegenden Referentenentwurfs inhaltlich verändert. Zu § 15a TMG-E führt der Gesetzgeber im hiesigen Entwurf selbst die Änderungen an, vgl. S. 45 des Gesetzesentwurfs, erster Absatz. Hinsichtlich des § 15b gibt es laut des Gesetzgebers keine wesentlichen Änderungen gegenüber dem bereits notifizierten Normvorschlag. Diese



Bewertung teilt eco nicht. Denn in Abs. 2 S. 1 Nr. 2 des § 15b TMG-E findet sich im aktuellen Entwurf nun „für die durch § 4 Absatz 1 des Außenwirtschaftsgesetzes geschützten Rechtsgüter“. Der Schutz dieser Rechtsgüter ist ein neuer Grund, der Diensteanbieter verpflichtet und somit ihnen zugleich erlaubt, Auskünfte über deren Nutzer zu erteilen. Dies ist eine Ausdehnung der Übermittlungspflicht und gleichsam eine Verschärfung im Sinne von Art. 8 Abs. 1 UAbs. 3 der TRIS-Richtlinie. Nach Ansicht des eco muss der Gesetzentwurf der EU-Kommission zur Notifizierung vorgelegt werden.

## **II. Verletzung des Gebots der Normenklarheit**

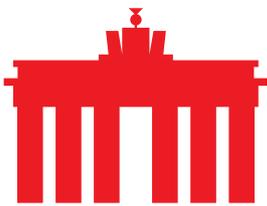
Das Bundesverfassungsgericht hat in seinen Beschlüssen Bestandsdatenauskunft II mehrfach an die Bedeutung des Gebots der Normenklarheit erinnert. Nach Auffassung des eco wird mit dem vorliegenden Entwurf diesem Erfordernis nicht hinreichend Rechnung getragen. Die Verletzung dieses Gebots betrifft die fachgesetzlichen Regelungen für eine Abrufregelungen bezüglich Daten, mittels derer der Zugriff auf Endgeräte oder auf Speichereinrichtungen, die in diesen Endgeräten oder hiervon räumlich getrennt eingesetzt werden unter der Maßgabe ermöglicht, dass die Auskunft nur verlangt werden darf, wenn auch die gesetzlichen Voraussetzungen für die Nutzung der Daten vorliegen. Hinsichtlich der gesetzlichen Voraussetzungen, unter denen eine Nutzung der Daten und damit der Abruf dieser Daten zulässig ist, finden sich in dem Gesetzentwurf zu den fachgesetzlichen Regelungen keinerlei Ausführungen.

Dies betrifft die mit dem Gesetzentwurf vorgeschlagenen fachgesetzlichen Abrufregelungen:

- § 8d Abs. 3 S. 2 VerfSchG-E
- § 4 Abs. 3 S. 1 BNDG-E
- § 22 Abs. 1 S. 1 BPolG-E
- §§ 40 Abs. 3, 63a Abs. 3
- 66a Abs. 3 BKAG-E
- §§ 10 Abs. 2 S. 1, 30 Abs. 3 S. 1, ZfDG-E

## **III. Verstoß gegen Ungleichbehandlungsgebot**

Der Gesetzentwurf verstößt gegen das verfassungsrechtliche Gebot nach Art. 3 Abs. 1 GG, da er wesentlich Ungleiches gleich behandelt, ohne das eine sachliche Rechtfertigung vorläge. Der Gesetzentwurf differenziert nicht hinreichend zwischen Telekommunikationsdiensten und Telemediendiensten. Der vorliegende Gesetzentwurf sieht eine deckungsgleiche und undifferenzierte Regelung für den Abruf von Passwörtern und anderen Daten,



mittels derer der Zugriff auf Endgeräte oder auf Speichereinrichtungen, die in diesen Endgeräten oder hiervon räumlich getrennt eingesetzt werden, vor. Damit werden Telekommunikationsdienste und nun erstmals Telemediendienste im Wesentlichen gleich behandelt und gegen das verfassungsrechtliche Ungleichbehandlungsgebot verstoßen. Zur Bereitstellung der Passwörter und anderer Zugangsdaten Informationen sollen sämtliche unternehmensinternen Daten herangezogen werden. Die Herausgabe von Passwörtern ermöglicht ggf. den Ermittlungs- und Strafverfolgungsbehörden den Zugriff auf Online-Konten und damit auf die Online-Identität von Nutzerinnen und Nutzern. Darunter fallen Kommunikationsinhalte wie E-Mails, in der Cloud hinterlegte Fotos, Dokumente, Chat- und Messengernachrichten. Im Ergebnis erfolgt auf dieser Grundlage ein tiefgreifender Eingriff in quantitativer und qualitativer Hinsicht. Dieser Eingriff betrifft nicht nur den vom Auskunftser-suchen erfassten Nutzer, sondern bei mehrseitiger Kommunikation auch außenstehende Personen, die in aller Regel keinen Anlass für die Datenherausgabe gegeben haben. Der qualitativ erheblich tiefere Einblick bei behördlichem Zugriff auf Online-Speicher, Cloud- und Hostingdienste wird sehr häufig auch eine Einschränkung des Kernbereiches der privaten Lebensgestaltung der Zielperson zur Folge haben, und zusätzlich von einer signifikanten Anzahl weiterer, unbeteiligter Nutzerinnen und Nutzern.

Dementsprechend fordert eco sachgerechte, differenzierte Vorgaben in den jeweiligen Tatbeständen der betroffenen Normen sowie rechtsstaatliche Einhegungen, bspw. durch engere Anordnungsvoraussetzungen, erweiterte Erhebungs- und Verwertungsverbote.

Dies betrifft die mit dem Gesetzentwurf vorgeschlagenen fachgesetzlichen Regelungen:

- § 8d Abs. 3 S. 2 VerfSchG-E
- § 4 Abs. 3 S. 1 BNDG-E
- §§ 40 Abs. 3, 63a Abs. 3, 66a Abs. 3 BKAG-E

eco regt dringend an, dass die Vorschriften zumindest durch einen qualifizierten Richtervorbehalt ergänzt werden. Hier würde es sich anbieten analog zu § 74 Abs. 4 Zollfahndungsdienstgesetz (im hiesigen RefE Art. 8) eine Kammer am Landgericht, besetzt mit drei Berufsrichtern, einschließlich des Vorsitzenden, für die Anordnung von Bestandsdatenauskünften in allen Fällen zuständig ist, in den die Anzahl der Betroffenen neben der Zielperson und die Häufigkeit der Betroffenheit des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung und Intimsphäre betroffen sind, sowohl der Zielperson als auch bei Unbeteiligten. Eine entsprechende Ergänzung der Regelung durch einen qualifizierten Richtervorbehalt dient der Rechtssicherheit der Betroffenen, der Diensteanbieter und wäre der Eingriffsintensität angemessen.



#### IV. Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot bzgl. Prognose und bzgl. Rechtsgütern

Nach Ansicht des eco wird der vorliegende Gesetzentwurf den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich der Bestimmtheit von Normen nicht gerecht. Der Entwurf begnügt sich lediglich mit der Formulierung „Rechtsgut von erheblichem Gewicht“ und „besonders gewichtiges Rechtsgut“. Diese Tatbestandsmerkmale werden weder in einem Tatbestand noch in der zugehörigen Begründung des Gesetzesentwurfs erläutert. Darüber hinaus wird in den vorgeschlagenen Regelungen der Begriff „drohende Gefahr“ verwendet. Das Bundesverfassungsgericht sah die damit verbundene Senkung der Eingriffsschwelle bei der Bekämpfung von Terrorismus als verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden an (vgl. 1 BvR 966/09 v. 20.04.2016, Rn. 112). Die maßgebliche Norm dazu war § 20k BKA-G i. d. Fassung von vom 25. Dezember 2008 (BGBl. I S. 3083) und setzte den Schutz dieser konkreten Rechtsgüter voraus: „Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt“. Im aktuellen Beschluss Bestandsdatenauskunft II stellt das BVerfG fest: *„Eine solche Absenkung der Eingriffsschwellen ist aus Gründen der Verhältnismäßigkeit aber untrennbar verbunden mit erhöhten Anforderungen an die konkret geschützten Rechtsgüter“* (vgl. auch schon 1 BvR 966/09, Rn. 112). Die abstrakten Formulierungen in dem vorliegenden Gesetzesentwurf „Rechtsgut von erheblichem Gewicht“ und „besonders gewichtiges Rechtsgut“ stehen nicht im Einklang mit der Vorgabe „konkret geschützte Rechtsgüter“. Außerdem wird dadurch die vom Bundesverfassungsgericht vorgesehene und bezweckte Verhältnismäßigkeitserwägung umgangen. Diese Erwägung ist, je weniger konkret die Gefahr und die zugehörige Tatsachengrundlage, desto wichtiger muss das konkret gefährdete Rechtsgut sein. Sowohl bei letzterem als auch zugleich bei Gefahr von den grundsätzlichen Anforderungen des BVerfG abzuweichen, unterschreitet die Grenze der Angemessenheit deutlich. Nach Einschätzung des eco werden hiermit die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts missachtet.

Dies betrifft die mit dem Gesetzentwurf vorgeschlagenen fachgesetzlichen Regelungen

- § 22a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 und Nr. 3, Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BPolG-E
- § 10 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 lit. b) und lit. c), Abs. 3 S. 1 Nr. 2, § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 lit. b) und lit. c) und Abs. 4 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 ZFdG-E
- § 15a Abs. 3 Nr. 2 lit. b) und lit. c) TMG-E
- § 113 Abs. 3 Nr. 2 lit. b) und lit. c) TKG-E



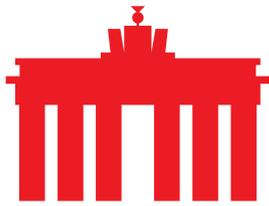
## V. Verstoß gegen Doppeltürrechtsprechung

eco sieht in der Regelung des § 3a Abs. 4 des NetzDG-E i. V. m. § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Abs. 2 S. 2, § 10a BKAG-E eine Nichtbeachtung der Anforderungen und Vorgaben der Rechtsprechung des BVerfG, die dieses mit dem sog. Doppeltürmodell aufgestellt hat, vgl. Rn. 201 Bestandsdatenauskunft II. Dieses Modell stellt das Erfordernis auf, dass es eine entsprechende Übermittlungsnorm geben muss. Rechtlich kann eine solche Norm als der gesetzliche datenschutzrechtliche Erlaubnistatbestand für ein Unternehmen angesehen werden, die angeforderten Daten an eine berechnete Stelle herausgeben zu dürfen, die erste Tür. Um dem verfassungsrechtlich etablierten Erfordernis des Doppeltürenmodells gerecht zu werden, müssen auch die berechtigten Stellen über gesetzliche Abrufregelungen dazu befugt werden, die Auskunft der Daten, welche in der Übermittlungsnorm genannt werden, beim Anbieter abzurufen, zweite und zugleich doppelte Tür. Dem wird der vorliegende Gesetzentwurf nicht gerecht. Denn in § 3a Abs. 4 ist vorgesehen, dass die Verpflichteten Unternehmen (Anbieter von sozialen Netzwerken über 2 Millionen Nutzer) nach eigener Bewertung die Datensätze selbstständig an das BKA ausleiten sollen müssen. Diese Abweichung weist den Anbietern von sozialen Netzwerken anders als mit dem Doppeltürenmodell vorgesehen eine Verantwortung für die Richtigkeit ihrer Bewertungen zu potentiell strafbaren Verhalten zu. Die Bewertung und Prüfung des Verdachts einer etwaigen Strafbarkeit gehört zu den originären Aufgaben der Staatsanwaltschaft. Die Übernahme dieser Aufgabe und Verantwortung wurde den Anbietern gesetzlich aufoktroiert. Eine verfassungsrechtlich konforme und tragfähige Ausgestaltung der Regelungen ist weiterhin fraglich.

Weitergehend und ergänzend möchten wir auf unsere [ausführliche Stellungnahme](#) zum Gesetzesentwurf zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität verweisen.

## VI. Anpassungsbedarf des Automatisierten Auskunftsverfahrens (AAV - § 112 TKG)

eco hält es für geboten, dass der Gesetzgeber im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur manuellen Bestandsdatenauskunft (1 BVR 1873/13) auch zum Anlass nimmt, die Norm zum automatisierten Auskunftsverfahren gem. § 112 (bzw. §170 Diskussionsentwurf TKMoG - Stand 06.11.2020) auf deren Verfassungskonformität zu überprüfen. Nach Ansicht des eco betrifft die Norm des § 112 TKG insgesamt, insbesondere dessen Absatz 2. Nach I. g. Gerichtsbeschluss muss der Gesetzgeber der Übermittlungsregelungen für Bestandsdaten von Telekommunikationsdiensteanbietern die Verwendungszwecke der Daten hinreichend begrenzen, mithin die Datenverwendung an bestimmte Zwecke, tatbestandliche Eingriffsschwellen und einen hinreichend gewichtigen Rechtsgüterschutz binden. Bereits dem Gesetzgeber der Übermittlungsregelung obliegt die normenklare Begrenzung der Zwecke der möglichen Datenverwendung. Diese Vorgaben des Gerichts treffen nach Einschätzung des eco erst



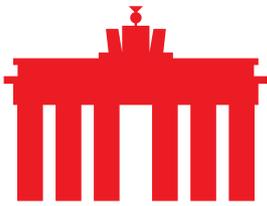
recht auf das automatisierte Auskunftsverfahren zu. In der praktischen Relevanz hat das AAV nach § 112 TKG in den vergangenen Jahren zunehmend an Bedeutung für die Beauskunftung gewonnen. Zudem stehen seit der letzten Aktualisierung der Technischen Richtlinie, welche das AAV nach § 112 TKG in seinen technischen Einzelheiten ausgestaltet, mehr Datenkategorien für den automatisierten Abruf zur Verfügung. Daneben wurden die Suchmöglichkeiten für die Behörden anhand verschiedener Parameter, etwa unter Verwendung sogenannter Wildcards oder verkürzten Suchangaben, erweitert. Schließlich werden nach § 112 Abs. 5 S. 3 TKG den verpflichteten Unternehmen keine Entschädigungen oder Vergütungen für erteilte Auskunft gewährt, was die Anzahl der Auskunftersuchen reduzieren könnte. Diese Regelung soll auch beibehalten werden. In der Praxis ist bereits zu beobachten, dass das manuelle Auskunftsverfahren nur noch bei Unklarheiten zum Einsatz kommt, oder wenn es um spezielle Datenarten geht, die im AAV nicht beauskunftet werden.

In dem vorliegenden Gesetzentwurf hat der Gesetzgeber zumindest die Abrufregelungen für die 19 deutschen Nachrichtendienste in dem Sinne qualifiziert, als das „tatsächliche Anhaltspunkte im Einzelfall“ vorliegen müssen. Offen bleibt aber, warum der Gesetzgeber bei den Regelungen für die deutschen Nachrichtendienste dem Erfordernis der Doppeltür Rechnung trägt, nicht aber in den übrigen Abrufregelungen. Somit bleibt unklar, unter welchen konkreten Voraussetzungen Daten im Bereich der Strafverfolgung und polizeilichen Gefahrenabwehr automatisiert abgerufen werden dürfen. Angesichts der mittlerweile hohen Praxisrelevanz des AAV halten wir diesen Zustand für äußerst bedenklich.

eco fordert deshalb gleichlaufende Anpassung der Verfahrensarten, indem Abrufe im Automatisierten Auskunftsverfahren hinsichtlich Strafverfolgung und allgemeiner Gefahrenabwehr konkreten und ausdrücklich formulierten Voraussetzungen unterworfen werden, wie für den Bereich der manuellen Bestandsdatenauskunft bereits durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vorgegeben.

## VII. Fazit

Nach Ansicht des eco besteht an dem vorliegenden Gesetzentwurf erheblicher Nachbesserungsbedarf, da er den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht gerecht wird. Der Gesetzentwurf ist teilweise verfassungswidrig, denn die vorgeschlagenen Abrufregelungen verstoßen gegen das Gebot der Normenklarheit. Weiter verstößt der Entwurf gegen das Gebot nach Art. 3 Abs. 1 GG, da er die Auskunftsvoraussetzungen für Telekommunikationsdienste pauschal auf Telemediendienste überträgt. Dadurch behandelt er ohne sachliche Rechtfertigung wesentlich Ungleiches gleich. Die damit einhergehenden Eingriffe können in quantitativer und qualitativer Einsicht deutlich intensiver ausfallen. Dies betrifft den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung der Zielperson und gleichzeitig von vielen anderen Betroffenen. Nach Ansicht des eco bedarf es hierzu eines qualifizierten Richtervorbehalts. Der Gesetzentwurf bleibt hinter den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zurück, da er die Grenzen der Angemessenheit deutlich unterschreitet. Die vom



Gericht geforderte Relation zwischen hinreichenden tatsächlichen Anlässen und dem Schutz von bedeutenden Rechtsgütern wird nach Einschätzung des eco missachtet, indem der Gesetzgeber die Rechtsgüter nicht konkret benennt (wie Leib und Leben), sondern nur abstrakt formuliert. Dem Erfordernis des Doppeltürenmodells trägt der Gesetzgeber hinsichtlich der Meldepflichten nach dem § 3a Abs. 4 NetzDG keinerlei Rechnung.

---

### Über eco

Mit über 1.100 Mitgliedsunternehmen ist eco der größte Verband der Internetwirtschaft in Europa. Seit 1995 gestaltet eco maßgeblich das Internet, fördert neue Technologien, schafft Rahmenbedingungen und vertritt die Interessen seiner Mitglieder gegenüber der Politik und in internationalen Gremien. Die Zuverlässigkeit und Stärkung der digitalen Infrastruktur, IT-Sicherheit und Vertrauen sowie eine ethisch orientierte Digitalisierung bilden Schwerpunkte der Verbandsarbeit. eco setzt sich für ein freies, technikneutrales und leistungsstarkes Internet ein.