

Ausfertigung

VG 27 A 3.07



SBR VE	
EINGANG	
18. Aug. 2008	
Kopie	z d A
z K	WW
Medium

VERWALTUNGSGERICHT BERLIN

BESCHLUSS

In der Verwaltungsstreitsache

der () GmbH,
vertreten durch die Geschäftsführer,

Klägers,

Verfahrensbevollmächtigte:
Rechtsanwälte SBR Schuster Berger Rechtsanwälte,
Nordstraße 116, 40477 Düsseldorf,

g e g e n

die Bundesrepublik Deutschland,
vertreten durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
Scharnhorststraße 34-37, 10115 Berlin,
dieses vertreten durch die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,
Telekommunikation, Post,
Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

Beklagte,

hat die 27. Kammer des Verwaltungsgerichts Berlin aufgrund
der mündlichen Verhandlung vom 2. Juli 2008 durch

den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Neumann,
den Richter am Verwaltungsgericht Schulte,
die Richterin am Verwaltungsgericht Mueller-Thuns sowie
die ehrenamtlichen Richterinnen Wenske und Kolasa

am 2. Juli 2008 beschlossen:

1. Das Verfahren wird gemäß Art. 100 Abs. 1 GG dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt zur Entscheidung über die Frage, ob die sich aus § 110 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 2 lit. c, Abs. 9 Satz 2 TKG ergebende Pflicht, auf Kosten des Telekommunikationsunternehmens an den sog. „Auslandsköpfen“ seines Telekommunikationsnetzes Vorrichtungen zur Überwachung der Telekommunikation vorzuhalten, mit Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG vereinbar ist.
2. Das Klageverfahren wird bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ausgesetzt.

Gründe

§ 110 Abs 1 S 1 Nr. 1, Abs 2 Nr 2c, Abs. 9 Satz 2 TKG haben folgenden Wortlaut:

(1) Wer eine Telekommunikationsanlage betreibt, mit der Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit erbracht werden, hat

1.

ab dem Zeitpunkt der Betriebsaufnahme auf eigene Kosten technische Einrichtungen zur Umsetzung gesetzlich vorgesehener Maßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation vorzuhalten und organisatorische Vorkehrungen für deren unverzügliche Umsetzung zu treffen

(2) Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates (..) 2 zu bestimmen, (.)

c) bei welchen Telekommunikationsanlagen und damit erbrachten Dienstangeboten aus grundlegenden technischen Erwägungen oder aus Gründen der Verhältnismäßigkeit abweichend von Absatz 1 Satz 1 Nr 1 keine technischen Einrichtungen vorgehalten und keine organisatorischen Vorkehrungen getroffen werden müssen

(9) Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Deutschen Bundestages und des Bundesrates Regelungen über die den Diensteanbietern zu gewährenden angemessenen Entschädigungen für Leistungen zu treffen () Die Kosten der Vorhaltung der technischen Einrichtungen, die für die Erbringung der Leistungen nach Satz 1 erforderlich sind, sind nicht Gegenstand dieser Entschädigungsregelungen

A.

Dem Vorlagebeschluss liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

Die Klägerin ist eine Tochtergesellschaft der ' ' plc mit Sitz in Großbritannien. Sie bietet anderen Telekommunikationsunternehmen den Transport von Daten und Sprache im internationalen Verkehr an. Dazu bedient sie sich in Deutschland zweier Vermittlungseinrichtungen, sogenannter Auslandsköpfe. Diese dienen allein der Vermittlung von internationalem Telefonverkehr. Zudem verfügt die Unternehmensgruppe, der die Klägerin angehört, über ein eigenes Transportnetz, das durch ganz Europa führt und weltweit 80 Länder berührt. Über dieses Transportnetz werden die von

der Klägerin erbrachten Telekommunikationsdienste geleitet. Eine Verkehrsführung vom Inland in das Inland bietet sie nicht an, ebenso verfügt sie über keine Endkunden-Anschlüsse

Als Anbieterin von Telekommunikationsdienstleistungen war die Klägerin ab Inkrafttreten des §§ 3 Abs 2 Nr 1, Abs 2 S. 2, 4 Abs 2 TKÜV in der Fassung vom 3. November 2005 (nachfolgend: TKÜV- 2005) am 9. November 2005 verpflichtet, die von ihr betriebenen Auslandsköpfe mit entsprechender Überwachungstechnik auszurüsten. Die Umsetzung dieser Verpflichtung der Klägerin zur Auslandskopfüberwachung wurde allerdings zunächst durch Vereinbarung zwischen dieser und der Bundesnetzagentur bis zum 31. Dezember 2007 ausgesetzt, da der Ausrüster der Klägerin nicht in der Lage war, die erforderlichen technischen Lösungen zu liefern. Als Übergangslösung wurde vereinbart, dass die Klägerin die von ihr gewonnenen Verbindungsdaten der über die Auslandsköpfe abgewickelten Telekommunikation an die berechtigten deutschen Stellen tagesaktuell übermittelt.

Die Klägerin hat am 6. November 2006 Klage erhoben. Sie trägt im Wesentlichen vor:

Es treffe sie keine Pflicht aus §§ 3 Abs 2, 4 Abs 2 TKÜV- 2005, technische Einrichtungen zur Umsetzung der gesetzlich vorgesehenen Maßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation bereit zu halten, da diese Normen verfassungswidrig seien. Die TKÜV-2005 sei unter Verstoß gegen die Notifizierungsbestimmungen für technische Vorschriften gemäß EU- Richtlinie 83/189/EWG vom 18. März 1983, ersetzt durch die Richtlinie 98/34/EG vom 22. Juni 1998 sowie Richtlinie 98/48/EG vom 20. Juli 1998, zustande gekommen. Nach Durchführung des Notifikationsverfahrens auf der Basis des Regierungsentwurfs vom 13. Dezember 2004 Anfang 2005 sei die Verordnung am 12. August 2005 in den hier relevanten Punkten, §§ 3 und 4 TKÜV-2005, abgeändert und ohne erneute Notifizierung am 8. November 2005 verkündet worden.

Die Regelung über die Auslandskopfüberwachung verstoße zudem gegen Art 12 Abs 1 GG. Die Verpflichtung zur Vorhaltung einer Infrastruktur auf eigene Kosten für staatliche Überwachungsmaßnahmen stelle eine Indienstnahme Privater für hoheitliche Zwecke und damit eine nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts an Art 12 Abs 1 S. 2 GG zu messende, an die strikte Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gebundene Berufsausübungsregelung dar. Darüber hinaus greife die Regelung in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, der nach überwiegender Ansicht vom Schutzbereich des Art 14 Abs 1 GG umfasst werde, ein. Derlei Eingriffe seien sowohl hinsichtlich Art 12 GG wie auch hinsichtlich Art 14 GG am Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu messen; vorliegend sei der Eingriff unverhältnismäßig. Die Ver-

pflichtung zur Auslandskopfüberwachung sei schon nicht geeignet, das Ziel einer lückenlosen Überwachung der gesamten ins Ausland geleiteten Telefonie zu ermöglichen. Die gesamte Telekommunikation etwa, die von Transportnetzen direkt ins Ausland geleitet werde, könne nicht erfasst werden. Für den stark steigenden Anteil der paketvermittelten IP-Telefonie sei eine Überwachung der Auslandsköpfe ebenfalls nutzlos. Darüber hinaus stünden mildere Mittel zur Erreichung dieses Zieles – nämlich der Weg über die Rechtshilfe, die Überwachung von Teilnehmervermittlungsstellen sowie die Verpflichtung zur Herausgabe der Verbindungsdaten und der daran anschließenden Überwachung des inländischen Anschlusses - zur Verfügung.

Schließlich sei die Regelung auch unverhältnismäßig im engeren Sinne, denn angesichts der vorzunehmenden Investitionen sei die Regelung unzumutbar. Mit der Bereitstellung der Technik für die Auslandskopfüberwachung allein seien einmalige Kosten in Höhe von mindestens [] pro Vermittlungseinrichtung verbunden, wie sich aus einem Kostenvoranschlag ergebe. Wahrscheinlich werde sich der Betrag jedoch um ein Vierfaches erhöhen, dies ergebe sich aus einem Angebot eines "Preferred Supplier" für Plattformlösungen zur Überwachung von Datenspeicherungen im Konzern, an das sie gebunden sei. Zusätzlich sei mit laufenden Personalkosten in Höhe von []/Jahr zu rechnen.

die Kosten für die Implementierung von Überwachungsmaßnahmen nicht auf ihre Kunden abwälzen,-"

Aufgrund der spezifischen Unternehmensstruktur komme auch eine Quersubventionierung durch andere Produkte nicht in Betracht. Zudem werde in den kommenden Jahren eine Umstellung der Netztechnik auf IP-Technologie erfolgen, die die gegenwärtige Überwachungstechnik unbrauchbar machen werde.

Jedenfalls aber sei die Verpflichtung zur Auslandskopfüberwachung im Hinblick auf die damit verbundenen Kostenregelungen, die jegliche Entschädigung für die Implementierung und Bereithaltung der für die Überwachungsaufgaben notwendigen Technik ausschließen, unverhältnismäßig und verletze die Klägerin in den genannten Grundrech-

ten. Bei der Telekommunikationsüberwachung handele es sich um eine Maßnahme zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und damit eine genuin öffentliche Kernaufgabe. Für die Finanzierung derartiger Aufgaben habe wegen der grundrechtlichen Garantiefunktion der Finanzverfassung grundsätzlich die Allgemeinheit im Rahmen der allgemeinen Steuerlast aufzukommen. Eine Abweichung von der Steuerfinanzierung sei nur als seltene, besonders zu begründende Ausnahme zulässig. Eine solche liege hier weder unter dem Gesichtspunkten einer relativen Geringfügigkeit der Belastung noch aus Gründen einer Sach-, Verantwortungs- bzw. Gefahrennähe, der Zweckveranlassung oder Individualbegünstigung vor. Die Indienstnahme Privater könne allenfalls dann verhältnismäßig sein, wenn der Staat hierfür eine finanzielle Entschädigung leiste.

Die Klägerin beantragt,

festzustellen, dass sie nicht verpflichtet ist, auf ihre Kosten an den Auslandsköpfen der von ihr betriebenen Telekommunikationsanlagen Vorrichtungen zur Überwachung der Telekommunikation ins Ausland einzurichten und zu unterhalten.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen

Sie trägt vor: Die TKÜV-2005 sei fehlerfrei notifiziert worden. Die am 22. Dezember 2004 eingereichte Fassung des Entwurfs habe in § 3 Abs. 2 und § 4 Abs. 2 die Bestimmungen der in Rede stehenden Korrekturen der TKÜV-2005 enthalten. Später seien lediglich im Sinne von Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie EG 98/34 nicht wesentliche redaktionelle Änderungen, nämlich die Aufteilung der zur Notifizierung eingereichten Fassung des § 4 TKÜV-2005 in die Absätze 1 und 2, eine Formulierungsänderung in § 3 Abs. 2 TKÜV-2005 sowie die Ergänzung des § 4 Abs. 2 durch die Sätze 2 und 3 erfolgt.

Eine Indienstnahme Privater zur Unterstützung einer genuin öffentlichen Aufgabe sei als Berufsausübungsregel im Sinne des Art. 12 GG ohne vollumfängliche Kostenübernahme durch den Staat nur dann unzulässig, wenn die betroffenen Berufsangehörigen in aller Regel und nicht nur in Ausnahmefällen wirtschaftlich nicht in der Lage seien, den gewählten Beruf ganz oder teilweise zur Grundlage ihrer unternehmerischen Erwerbstätigkeit zu machen. Solange dies nicht die Regel sei, sei ausreichend und nur erforderlich, dass vernünftige Gründe des Gemeinwohls vorlägen und darüber hinaus auch im Hinblick auf das durch Art. 14 GG geschützte Rechtsgut des Eigentums eine angemessene Engelt- oder Entschädigungsregelung getroffen werde. Dies bedeute

aber nicht, dass der Staat verpflichtet sei, jegliche Kosten einer Indienstnahme auszugleichen. Die unternehmerische Tätigkeit auf dem Gebiet der Telekommunikationsdienstleistungen sei von Anfang an mit der Verpflichtung zur Mitwirkung an Überwachungsmaßnahmen belastet gewesen; dies sei allen Marktteilnehmern bekannt gewesen. Es handele sich auch um keine schlechthin unternehmensfremde Tätigkeit. Vor diesem Hintergrund sei eine Entgeltregelung, die eine Inanspruchnahme des Staates nur für die konkrete Überwachungsmaßnahme, nicht aber für die Investitionskosten vorsehe, insbesondere dann nicht zu beanstanden, wenn es dem Unternehmen grundsätzlich möglich sei, diese im Rahmen seiner Kalkulation auf den Verbraucher abzuwälzen. Soweit die Klägerin angebe, dies sei ihr aufgrund ihres Unternehmenszuschnittes nicht möglich, ergebe sich hieraus keine andere Bewertung. Die von der Klägerin eingeführten Ergebnisse beruhten nicht auf den Kosten der Telekommunikationsüberwachung, sondern seien schon zuvor erwirtschaftet worden; zudem sei es nicht Aufgabe des Staates, einem bestimmten Unternehmen Geschäftsfelder zu erhalten oder Gewinnchancen zu eröffnen. Darüber hinaus enthalte § 4 Abs. 2 TKUV 2005 die Möglichkeit, die Umsetzung der Verpflichtung im Einzelfall mit der Bundesnetzagentur zu regeln, wobei hinsichtlich der Gestaltung der Überwachungseinrichtung und des Übergabepunktes auch kostenrelevante Einzelfallregelungen denkbar seien, sofern sie sich eng am Zweck der TKUV orientierten. Zudem werde die bestehende Entschädigungsregelung derzeit einer Überprüfung unterzogen; der Gesetzesentwurf sehe deutlich erhöhte Sätze für die Mitwirkung an einer Überwachungsmaßnahme, allerdings keine Entschädigung für Investitionskosten, vor. Es liege also eine verhältnismäßige Regelungssystematik mit § 4 Abs. 2 TKUV 2005 vor. Die mit der Klägerin zunächst getroffene Übergangsregelung sei gescheitert, weil mit ihr nur eingeschränkt verwertbare Überwachungsergebnisse haben erzielt werden können, was auf Dauer für die berechtigten Stellen nicht hinnehmbar sei.

Durch die Gewährleistung des Eigentums werde der durch eigene Arbeit und Leistung erworbene Bestand an vermögenswerten Gütern anerkannt; diese objektsbezogene Gewährleistungsfunktion schütze jedoch nur Rechtspositionen, dem Rechtssubjekt bereits zuständen, und insbesondere keine Chancen und Verdienstmöglichkeiten. In diesem Zusammenhang müssten nach praktischen Erfahrungen die Höhe der von der Klägerin geltend gemachten Personalkosten bezweifelt werden. Die Kosten für die Einrichtung und das Vorhalten der erforderlichen Technik haben der Klägerin rechtmäßig auferlegt werden können. Dies sei eine Folge der Sozialpflichtigkeit des Eigentums. Die Eigentumsbindung sei rechtmäßig, wenn sie verhältnismäßig sei, was der Fall sei, wenn sie gemessen an der sozialen Bedeutung des Eigentumsobjektes mit Blick auf den Regelungszweck beim Eigentümer nicht zu einer übermäßigen Belastung führe,

insbesondere diesen nicht unzumutbar treffe. Dabei komme dem Gesetzgeber ein verhältnismäßig weiter Spielraum zu. Die Privatisierung des Telekommunikationsmarktes habe nur erfolgen können, weil sich der Staat den Zugriff auf das aus seiner Sicht für die Verteidigung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erforderliche Instrument der Überwachungsmaßnahmen weiterhin erhalten habe.

Mit einem am 25. Oktober 2007 bei Gericht eingegangenen Antrag hat die Klägerin vorläufigen Rechtsschutz zur Abwendung wesentlicher Nachteile, die ihr entstünden, wenn sie vor Abschluss des Hauptsacheverfahrens der Verpflichtung nach § 4 Abs. 2 TKÜV-2005 nachkommen müsste, begehrt. Hierauf hat die Kammer mit Beschluss vom 8. November 2007 (VG 27 A 315.07) der Beklagten untersagt, vor rechtskräftigem Abschluss des Hauptsacheverfahrens gegen die dortige Antragsstellerin und hiesige Klägerin Maßnahmen wegen fehlender technischer Umsetzung von Einrichtungen zur Auslandskopfüberwachung einzuleiten.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakten sowie auf den von der Beklagten überreichten Schriftverkehr mit der Klägerin (Beilagen zum vorliegenden Verfahren) sowie auf die im Klageverfahren eingereichten Vorgänge "TKÜV-Uberarbeitung" für den Zeitraum März 2000 – Oktober 2005 (2 Leitzordner) Bezug genommen.

II.

Die Klage wäre unbegründet, da die Klägerin – die Verfassungsmäßigkeit der §§ 110 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 2c, Abs. 9 Satz 2 TKG i. V. m. §§ 4 Abs. 2, 3 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 2 S. 2 TKÜV in der jetzt maßgeblichen und die Klägerin noch betreffenden Fassung vom 21. Dezember 2007 unterstellt – verpflichtet wäre, auf ihre Kosten an den Auslandsköpfen der von ihr betriebenen Telekommunikationsanlagen Vorrichtungen zur Überwachung der Telekommunikation ins Ausland einzurichten und zu unterhalten.

Nach § 110 Abs. 1 Nr. 1 TKG ist der Betreiber einer Telekommunikationsanlage, mit der Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit erbracht werden, ab dem Zeitpunkt der Betriebsaufnahme verpflichtet, auf eigene Kosten technische Einrichtungen zur Umsetzung gesetzlich vorgesehener Maßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation vorzuhalten und organisatorische Vorkehrungen für deren unverzügliche Umsetzung zu treffen.

Die Klägerin verfügt mit ihren Auslandsköpfen und dem von ihr betriebenen Leitungsnetz, das durch ganz Europa führt und weltweit 80 Länder berührt, über technische Einrichtungen und Systeme, die als Nachrichten identifizierbare Signale übertragen können und ist daher nach § 3 Nr. 23 TKG Betreiberin einer Telekommunikationsanlage, mit der Telekommunikationsdienste im Sinne des § 3 Nr. 24 TKG erbracht werden. Diese Leistungen erbringt sie auch öffentlich, da sie anderen Telekommunikationsunternehmen die Übertragung anbietet. Von der sich aus § 110 Abs. 1 Nr. 1 TKG ergebenden Verpflichtung ist sie auch nicht aufgrund von § 110 Abs. 2 lit. 2c TKG befreit. Nach dieser Norm wird die Bundesregierung ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates zu bestimmen, bei welchen Telekommunikationsanlagen und damit erbrachten Dienstangeboten aus grundlegenden technischen Erwägungen oder aus Gründen der Verhältnismäßigkeit abweichend von Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 keine technischen Einrichtungen vorgehalten und keine organisatorischen Vorkehrungen getroffen werden müssen.

Die Bundesregierung hat aufgrund dieser Vorschrift die TKUV erlassen. Dabei kann dahinstehen, ob die Fassung der TKUV vom 3. November 2005 unter Verstoß gegen das Notifikationsverfahren der Richtlinie 83/189/EWG vom 18. März 1983, ersetzt durch die Richtlinie 98/34/EG vom 22. Juni 1998 sowie Richtlinie 98/48/EG vom 20. Juli 1998 zustande gekommen ist. Hinsichtlich der nunmehr maßgeblichen Fassung vom 21. Dezember 2007 sind derartige Bedenken weder geltend gemacht noch ersichtlich. Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die Verordnung nach Durchführung des Notifikationsverfahrens auf der Basis des Regierungsentwurfs vom 13. Dezember 2004 Anfang 2005 in den §§ 3 und 4 lediglich noch redaktionell verändert worden ist, so dass eine ordnungsgemäße Notifikation vorlag.

Die TKUV sieht in § 3 Abs. 1 Ausnahmen von der Verpflichtung aus § 110 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG vor. Vom Anwendungsbereich der allein begünstigend für die Klägerin in Betracht kommenden, in Nr. 1 der Vorschrift geregelten Ausnahme ist die Klägerin nach § 3 Abs. 2 S. 1 TKUV wiederum ausgenommen, da sie mit ihren Auslandsköpfen Netzknoten, die der Vermittlung eines öffentlich zugänglichen Telefondienstes ins Ausland dienen, betreibt. Die im Falle des § 4 Abs. 2 S. 1 TKUV vorgesehenen Erleichterungen betreffen nur – im Ermessen der Bundesnetzagentur stehende – Modifikationen der Überwachungspflicht; sie stellen die grundsätzliche Verpflichtung der Klägerin aus § 110 Abs. 1 Nr. 1 TKG nicht in Frage und entbinden diese nicht von Anschaffung und Vorhalten der entsprechenden Einrichtungen.

Die Verpflichtung aus § 110 Abs 1 Nr 1 TKG hat die Klägerin auf eigene Kosten zu erfüllen, sofern es um Anschaffung und Vorhalten der technischen Einrichtungen für die Durchführung von Überwachungsmaßnahmen geht

§ 110 Abs 9 S 1 TKG sieht zwar die Möglichkeit der Schaffung von Entschädigungsregelungen für die Durchführung der einzelnen Überwachungsmaßnahme vor; von dieser Verordnungsermächtigung hat die Bundesregierung jedoch noch keinen Gebrauch gemacht (vgl. hierzu Löwnau in Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, 2. Aufl. 2008, § 110 Rz 37 f.) § 110 Abs 9 S 2 TKG bestimmt zudem, dass die Kosten der Vorhaltung der technischen Einrichtungen, die für die Erbringung der Leistungen nach Satz 1 erforderlich sind, nicht Gegenstand dieser Entschädigungsregelungen sind. Nach den dann einschlägigen Regelungen in § 23 des Gesetzes über die Vergütung von Sachverständigen, Dolmetscherinnen, Dolmetschern, Übersetzerinnen und Übersetzern sowie die Entschädigung von ehrenamtlichen Richterinnen, ehrenamtlichen Richtern, Zeuginnen, Zeugen und Dritten – Justizvergütungs- und Entschädigungsgesetz- (JVEG) vom 5. Mai 2004 ist eine Entschädigung für die Implementationskosten nicht vorgesehen.

B

Das vorliegende Gericht hält die sich § 110 Abs 1 S 1 Nr 1, Abs 2 Nr 2c, Abs 9 Satz 2 TKG ergebende Pflicht, auf Kosten des Telekommunikationsunternehmens an den sog. „Auslandsköpfen“ seines Telekommunikationsnetzes Vorrichtungen zur Überwachung der Telekommunikation vorzuhalten, für verfassungswidrig, da sie gegen Art 12 Abs 1, 14 Abs 1 GG verstößt. Wegen der Entscheidungserheblichkeit wird auf das oben in A II Gesagte Bezug genommen.

Die Verfassungswidrigkeit der oben beschriebenen Pflicht ergibt sich nach Auffassung des Gerichts aus folgenden Erwägungen:

I Art. 12 Abs 1 GG

Die Klägerin als inländische juristische Person kann nach Art 19 Abs 3 GG Trägerin des Grundrechts aus Art 12 Abs 1 GG sein. Geschützt ist insofern die Erwerbszwecken dienende Tätigkeit (BVerfGE 105, 252<265>; 106, 275<298>).

Die in § 110 Abs 1 TKG normierte Verpflichtung des Betreibers einer Telekommunikationsanlage, ab dem Zeitpunkt der Betriebsaufnahme auf eigene Kosten technische

Einrichtungen zur Umsetzung gesetzlich vorgesehener Maßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation vorzuhalten und organisatorische Vorkehrungen für deren unverzügliche Umsetzung zu treffen, greift in den sachlichen Schutzbereich des Art 12 Abs 1 GG ein. Dieser erfasst die gesamte berufliche oder gewerbliche Tätigkeit, d.h. Form, Mittel sowie die Bestimmung des Umfangs und Inhalts der Tätigkeit (v. Münch-Gubelt, 5. Aufl., Art 12, Rz 38; Jarass/Pierroth, 8. Aufl., Art 12 Rz 8). Die Auferlegung der genannten Implementierungspflicht fügt der von der Klägerin ausgeübten Tätigkeit der Vermittlung von Telekommunikation weitere, nämlich die Einrichtung von Überwachungstechnik und die Durchführung von Überwachungsmaßnahmen, hinzu. Der mit diesen Maßnahmen bezweckte Schutz der öffentlichen Sicherheit durch Gewährleistung einer effizienten Strafverfolgung obliegt grundsätzlich dem Staat; in der Inanspruchnahme der privaten Unternehmen wie dem der Klägerin für diese Pflicht ist eine Indienstnahme Privater für eine öffentliche Aufgabe zu sehen. Diese ist nicht grundsätzlich unzulässig (BVerfGE 30, 292), ihre Zulässigkeit im Einzelfall ist jedoch am Maßstab des Art 12 Abs 1 GG zu messen.

1 Die genannte Verpflichtung berührt nicht schon das Recht der Klägerin auf freie Berufswahl. Denn sie beschränkt weder rechtlich den Zugang zum Beruf des Telekommunikationsanlagenanbieters noch macht sie faktisch die sinnvolle Ausübung dieses Berufs überhaupt unmöglich (vgl. hierzu BVerfGE 11, 30 (41 f)). Es handelt sich vielmehr um eine Berufsausübungsregelung; eine solche kann allerdings dann in ihrer wirtschaftlichen Auswirkung einer Zulassungsbeschränkung nahekommen und die Freiheit der Berufswahl beeinträchtigen, wenn die betroffenen Berufsangehörigen in aller Regel und nicht nur in Ausnahmefällen wirtschaftlich nicht mehr in der Lage sind, den gewählten Beruf ganz oder teilweise zur Grundlage ihrer Lebensführung oder - bei juristischen Personen - zur Grundlage ihrer unternehmerischen Erwerbstätigkeit zu machen (BVerfGE 30, 292; BVerfGE 13, 181 (187); 16, 147 (165)). Es ist weder substantiiert dargetan noch ersichtlich, dass die ohnehin schon nicht große Gruppe der sogenannten „Carrier“, also derjenigen Telekommunikationsunternehmen, die – wie die Klägerin – unter Verzicht auf ein eigenes Endkundennetz lediglich den bloßen Datentransport anbieten, in existenzbedrohender Weise durch diese Pflicht betroffen wären (so aber Kilching, Die Neuregelung zur Auslandskopfüberwachung gemäß § 4 TKÜV auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, Gutachten im Auftrag des VATM, http://www.mpicc.de/de/data/pdf/auslandskopf_publ-1.pdf, S. 25), noch hat dies die Klägerin für sich substantiiert belegt. Sie hat zwar auf die in ihrer Unternehmensstruktur begründete fehlende Möglichkeit einer Quersubventionierung und die nachteiligen Auswirkungen einer Weitergabe der entstehenden Kosten an ihre Kunden für ihre Wettbewerbsfähigkeit sowie Jahresabschlüsse in den

Jahren 2005 und 2006 hingewiesen. Diese weisen jedoch keinen kausalen Zusammenhang mit der sie mit Inkrafttreten des §§ 3 Abs 2 S 1 und 4 Abs 2 TKUV 2005 erstmals treffenden Implementierungspflicht auf, da die Klägerin bisher von deren Umsetzung verschont geblieben ist. Dass sie über eine erhebliche Benachteiligung gegenüber den Betreibern von Endkundennetzen hinaus wirtschaftlich nicht mehr in der Lage wäre, ihrer Tätigkeit als Telekommunikationsanbieterin nachzugehen, hat sie nicht vorgebracht; hiervon ist im Hinblick auf das Jahresergebnis des Mutterkonzerns (vgl hierzu etwa http://www.cw.com/docs/media_events/media_centre/releases/2008/Full_Year_Results_Press_Release08.pdf) auch nicht auszugehen.

2. Die vorliegende Berufsausübungsregelung ist an Art 12 Abs 1 S. 2 GG zu messen.

a. Die formellen Anforderungen an eine Berufsausübungsregelung sind erfüllt. Das TKG als regelndes Gesetz wie auch die TKUV als aufgrund § 110 Abs. 2 ergangene Verordnung sind ordnungsgemäß erlassen worden (vgl. hinsichtlich der TKUV oben A. II.) Da es sich um eine indirekte Berufsausübungsregelung handelt, unterliegt sie nicht dem Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG.

b. In materieller Hinsicht sind gesetzliche Regelungen der Berufsausübung nach durch das Apothekenurteil (BVerfGE 7, 377) begründeter ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zulässig, wenn sie durch hinreichende Gründe des gemeinen Wohls gerechtfertigt sind, wenn das gewählte Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und auch erforderlich ist und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist (BVerfGE 93, 362 <369>; 85, 248 <259> m.w.N.). Je empfindlicher die Berufsausübenden in ihrer Berufsfreiheit beeinträchtigt werden, desto stärker müssen die Interessen des Gemeinwohls sein, denen die Regelung zu dienen bestimmt ist (vgl. BVerfGE 30, 292 <316 f.>; stRspr).

Die angegriffenen Regelungen genügen nach Auffassung des vorlegenden Gerichts diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen zwar im Hinblick auf die den Unternehmen grundsätzlich auferlegte Handlungspflicht, nicht jedoch im Hinblick auf die damit verbundene Übertragung der Kostenlast.

(aa) Das vorliegende Gericht hat – anders als die Klägerin – keine Zweifel an der Eignung der benannten Handlungspflicht der Betreiber von Telekommunikationsanlagen in Bezug auf den verfolgten Gesetzeszweck. Dieser liegt im umfassenden Schutz des mit Verfassungsrang ausgestatteten Schutzgüterkomplexes der öffentlichen Sicherheit.

((BVerfGE 49, 24<56>); Scholz, Archiv PT 1995,169 <183> m w N.) Die Sicherstellung der Implementierung der erforderlichen technischen Voraussetzungen für eine Überwachung von – auch über Auslandsköpfe geführte- Telefonie ist hierfür ohne Zweifel geeignet. Die diesbezüglichen Bedenken der Klägerin greifen nicht durch, denn die von ihr angeführten Beispiele zur IP-Technologie verkennen zum einen den Umfang der aus § 110 Abs 1 S 1 Nr 1 TKG resultierenden Verpflichtung, die auch die Schließung entsprechender Lücken verlangt (Löwnau, a a O ; Rz 12 m w N); zum anderen ist ein Mittel nicht grundsätzlich ungeeignet, wenn es den Gesetzeszweck nicht in toto zu erreichen, sondern lediglich einen Beitrag zu dessen Erreichen zu leisten vermag

(bb) Dem Gesetzgeber stand ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder doch weniger fühlbar einschränkendes Mittel als die Verpflichtung zur Implementierung der Voraussetzung auch der Auslandskopfüberwachung nicht zu Gebote

(1) Rechtshilfe durch andere Länder erweist sich nicht als ein milderes, gleich geeignetes Mittel zur Strafverfolgung. Zum einen besteht das mit der Überwachung von Auslandsköpfen verfolgte Ziel, worauf die Beklagte zu Recht hingewiesen hat, nicht in der Überwachung des ausländischen Anschlusses, sondern der Ermittlung des inländischen, von dem aus der Anruf ausging (vgl hierzu auch BT-Drs 15/519 S 7 Frage 25) und damit in einer Maßnahme im Inland, die von Rechtshilfeabkommen nicht erfasst wird. Zum anderen bestehen Rechtshilfeabkommen nur mit wenigen Ländern; die Überwachung der Auslandsköpfe erfasst aber alle von dort abgehenden Anrufe auch in Länder, mit denen keinen Rechtshilfeabkommen bestehen

(2) Auch die Überwachung von Teilnehmervermittlungstellen ist kein milderes, gleich geeignetes Mittel.

An den Teilnehmervermittlungstellen bestehen zwar bereits auf gesetzlicher Grundlage seit längerem Abhöreinrichtungen. Jedoch bedeutet die notwendige Einbeziehung der Teilnehmerstellen und Netzbetreiber, deren Zahl deutlich größer ist als die der Auslandskopfbetreiber, einen erheblich größeren Verwaltungsaufwand und nach Prognose der Bundesregierung auch höhere Kosten. So betrug die Zahl der einzubeziehenden Teilnehmerstellen im Jahre 2005 etwa 2000, die Zahl der einzubindenden Netzbetreiber 58 (BT-Drs. 15/519, S 6 Frage 25). Demgegenüber gab es zum damaligen Zeitpunkt etwa 10 bis 15 Betreiber von Auslandsköpfen (BR-Drs 631/05, S 2); 21 Auslandsköpfe wurden von nur 5 Betreibern unterhalten (BT-Drs , a a O). Nach den Informationen der Bundesregierung müssten die Teilnehmerstellen zudem für die vorgesehenen Zwecke umgerüstet werden (BT-Drs , a a O)

(3) Die als zeitlich begrenzte Lösung zunächst zwischen der Klägerin und der Bundesnetzagentur vereinbarte tagesaktuelle Herausgabe der Vermittlungsdaten stellt kein gleich geeignetes Mittel dar. Die Überwachung der Auslandsköpfe ermöglicht eine Echtzeit-Überwachung der Telekommunikation.

(cc) Jedoch fehlt es nach Auffassung des vorlegenden Gerichts an der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

(1) Soweit es die den Telekommunikationsunternehmen und der Klägerin auferlegte Handlungspflicht zu Einrichten und Vorhalten von Überwachungstechnik angeht, vermag das vorliegende Gericht eine Unzumutbarkeit allerdings nicht zu erkennen.

Dem durch das Gesetz verfolgten Zweck der Sicherung des mit Verfassungsrang ausgestatteten Schutzgüterkomplexes der öffentlichen Sicherheit steht auf der Ebene der praktischen Umsetzung der Handlungspflicht kein gleichermaßen gewichtiger Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit entgegen. Die Übertragung öffentlicher Aufgaben an Private ist nicht schon für sich genommen unzumutbar (BVerfGE 30, 292). Es ist zwar nicht zu verkennen, dass die Übertragung in organisatorischer Hinsicht Aufwand für die betroffenen Anbieter bedeutet; entsprechende Geräte sind zu erwerben und zu installieren und für die Datenübermittlung muss Personal vorgehalten werden. Vor dem Hintergrund des Gewichts der geschützten Güter ist in rein organisatorischer Hinsicht die Überbürdung dieser Aufgaben, die jedoch den Betriebsablauf nicht zentral beeinflussen werden, an die im Telekommunikationsbereich sachkundigen Anbieter zumutbar.

(2) Dies gilt jedoch nicht, soweit es um die Übertragung der Kostenlast für die Implementierungspflicht auf die Telekommunikationsunternehmen geht.

Nach der derzeitigen Rechtslage werden die Telekommunikationsanbieter mit den Kosten der Implementierungs- und Vorhaltepflcht belastet. § 110 Abs 9 TKG enthält zwar in Satz 1 eine Ermächtigungsgrundlage für eine Entschädigungsregelung für die im Zusammenhang mit den jeweiligen Sicherheits- und Strafverfolgungsmaßnahmen anfallenden Kosten. Satz 2 der Norm schließt jedoch ausdrücklich die Kosten der Vorhaltung der technischen Einrichtungen, die zur Erbringung der Leistungen nach Satz 1 erforderlich sind, von dieser Entschädigungsregelung aus. Die Bundesregierung hat von dieser Ermächtigung überdies bisher keinen Gebrauch gemacht; de lege ferenda soll sie aufgehoben und durch das TKG-Entschädigungsgesetz ersetzt werden. Dieses zur Zeit im Entwurf vorliegende Gesetz enthält ebenfalls keine Entschädigungsregelung für die Implementierungs- und Vorhaltekosten (BT-Drs 16/ 7103 vom 13. November 2007). Derzeit erfolgt eine Entschädigung auf der Basis des § 23 Abs 1 Nr 3 JVEG, auf den

auch § 20 S 1 lit b) des Gesetzes zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses verweist, für die Durchführung der einzelnen Maßnahme; diese ist allerdings – auch nach Auskünften der Beklagten in der mündliche Verhandlung – nicht kostendeckend bemessen (vgl hierzu auch Kilching, a a.O S 27) Versteckte Zuschläge, die etwa eine Amortisierung der Anschaffungskosten ermöglichen, sind darin nicht enthalten.

Die von Telekommunikationsunternehmen aufzubringenden Kosten für die Überwachungsmaßnahmen sind beträchtlich. Anders als für die vergleichsweise unaufwändige und kostengünstige Überwachung der herkömmlichen Festnetzanschlüsse (vgl. insoweit Scholz, Archiv PT, 1995, 169 <171>) müssen erhebliche, von den einschlägigen Verbänden in zweistelliger Höhe bezifferte Kosten für die Entwicklung der Software für die Überwachung von Mobilfunknetzen aufgebracht werden; hinzu kommen Hardware- und Personalkosten. Die Klägerin hat hierzu vorgetragen, es kämen mindestens 100.000 Euro, wenn nicht ein Vielfaches davon, als Entwicklungskosten für Software auf sie zu; hinzu kämen Personalkosten in Höhe von 50.000 Euro jährlich. Zur Bestimmung der Größenordnung der finanziellen Belastung der Klägerin erscheinen diese Angaben jenseits von Anfragen hinsichtlich einzelner Posten ausreichend.

Mit der Inpflichtnahme der Telekommunikationsanbieter für Sicherheits- und Strafverfolgungsmaßnahmen zugunsten des Schutzgüterkomplexes der öffentlichen Sicherheit werden dieser Berufsgruppe genuin hoheitliche Aufgaben übertragen, die Allgemeinbezug aufweisen (Scholz, a.a O S 183 m w N). Der Tatsache, dass es sich um der Allgemeinheit dienende Schutzgüter handelt, korrespondiert das verfassungsrechtlich garantierte Generalprinzip der Steuerstaatlichkeit (Scholz a a O. m w N; Martina, Archiv PT 1994, 105 <108>; Schneider, Archiv PT, 1994, 285; Braun, jurisPR-ITR 2/2008, Anm. 4). Dessen Durchbrechung zulasten einzelner oder einzelner Gruppen ist nur zulässig, sofern normative Zurechnungskriterien eine Belastung eben dieser Einzelnen oder Gruppen anstelle der Allgemeinheit und des von ihr aufgebrauchten Steueraufkommens rechtfertigen.

In Rechtsprechung und Literatur sind hierzu, teils auch unter Heranziehung der Gedanken der Rechtsprechung zu Sonderabgaben zu Art. 14 GG (etwa Ehmer in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 88 Rz 51) im Wesentlichen folgende, nicht immer ganz scharf von einander zu trennende Zurechnungskriterien entwickelt worden:

(a) Eine Kostentragungspflicht der Telekommunikationsanbieter wird teilweise mit einer historisierenden Betrachtungsweise begründet. Die berufliche Tätigkeit des Telekommunikationsanbieters sei seit jeher mit der Belastung der Verantwortung für die Durch-

führung von Überwachungsmaßnahmen verbunden gewesen (VG Köln, Urteil vom 15. Februar 2000 - 22 K 5896/96 – UA S. 15 unten); die privaten Anbieter seien an die Stelle der früheren staatlichen Monopolisten getreten, weshalb die Verpflichtung zur Bereitstellung der Überwachungstechnik jetzt sie treffe (Manssen, Archiv PT 1998, 236 <242>; i. E. so auch Waechter, a. a. O. S. 94).

Verlängert wird diese Betrachtungsweise durch die sogenannte „Tropfentheorie“: Wer den guten Tropfen nehme, nämlich die Erlaubnis zum Geldverdienen im Telekommunikationsbereich, der müsse auch den schlechten Tropfen, nämlich die notwendigen Kosten für staatliche Überwachungsmaßnahmen, akzeptieren (vgl. Manssen, a. a. O.).

Diese Auffassung (die im Grunde schon eine Berührung des Schutzbereichs des Art. 12 Abs. 1 GG durch die vorstehende Regelung ausschließt, da sie von einem Berufsbild des Telekommunikationsanbieters ausgeht, das durch die Verpflichtung zur Implementierung von Abhörtechnik gekennzeichnet ist), berücksichtigt die Ursprünge der früheren Verknüpfung der Tätigkeit des Telekommunikationsanbieters einerseits mit einer den Sicherheitsinteressen des Staates dienenden und vor allen Dingen kostenfreien Implementierungspflicht nicht hinreichend. Die Deutsche Bundespost, die vor der europarechtlich angestoßenen, durch die Postreform I und II umgesetzten Öffnung der Telekommunikationsmärkte (vgl. zur Historie etwa Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, 2. Aufl. 2008, § 1 Rz. 3f.) eine Monopolstellung auf dem Fernmeldesektor innehatte, trug die Kosten der damals nur erforderlichen – und auch deutlich weniger kostenaufwändigen – Festnetzüberwachung. Diese Kostenübernahme beruhte aber nicht auf ihrer Eigenschaft als Anbieterin von Telekommunikation, sondern vielmehr darauf, dass es sich bei ihr um eine Behörde handelte, die den berechtigten Stellen nach § 8 VwVfG zur kostenlosen Amtshilfe verpflichtet war (vgl. hierzu Scholz, a. a. O. S. 171). Der Grund für die Annahme, die berufliche Tätigkeit des Telekommunikationsanbieters sei seit jeher mit der Belastung der Verantwortung für die Durchführung von Überwachungsmaßnahmen verbunden gewesen, ist, soweit es deren Kostenlosigkeit für den Staat betrifft, mit Wegfall der Behördeneigenschaft der auf dem Telekommunikationsmarkt tätigen Unternehmen entfallen (noch weitergehend Kilching a. a. O. S. 24, der von der Neueröffnung eines unbelasteten Marktes ausgeht). Die Nachfolgeunternehmen sind freie Wettbewerber und dem Staat gegenüber als solche nicht besonders verpflichtet (Scholz, a. a. O.).

Die Freigabe des Telekommunikationsmarktes an diese stellt sich auch – anders als die „Tropfentheorie“ meint – nicht als besondere Vorteilsgewährung zugunsten der Telekommunikationsunternehmer dar, sondern vielmehr als Herstellung der europarechtlich

gebotenen, vom Grundgesetz vorgesehenen Freigabe der unternehmerischen Betätigung (Kilching a a O S 24, v. Hammerstein, MMR 2004, S. 226; Braun a a O m.w.N.).

(b) Ein Zurechnungsmoment liegt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dann vor, wenn es sich bei der zu übernehmenden Pflicht um eine nicht unternehmensfremde Tätigkeit handelt und diese nicht in erheblicher Weise Betriebsmittel bindet (Kuponsteuer, BVerfGE 22, 380; Mineralölbevorratung, BVerfGE 30, 292)

Bei einer auf die rein faktischen Unternehmensvorgänge abstellenden Betrachtungsweise, wie sie den genannten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zugrunde liegt, ist nicht von der Hand zu weisen, dass die – die Datenübertragung an die berechtigten Stellen ermöglichende – Pflicht zur Bereitstellung von Abhörtechnik im faktischen Bereich sich an die durch Datentransport gekennzeichnete Tätigkeit der Telekommunikationsanbieter anlehnt, weswegen die Auferlegung einer entsprechenden Handlungspflicht vom vorlegenden Gericht auch für grundsätzlich verhältnismäßig gehalten wird (vgl. oben B I 2 b cc (1))

Bei einer inhaltlichen Betrachtungsweise stellt sich die Bereitstellung von Abhörmöglichkeiten für vermittelte Telekommunikation als das genaue Gegenteil der dem Telekommunikationsanbieter gegenüber dem Kunden obliegenden Verpflichtung dar: Art 10 GG, § 88 TKG und der mit dem Kunden bestehende Vertrag gebieten die abhörsichere Weitergabe der Telekommunikation (v. Hammerstein, a a O). Die hier dem Telekommunikationsanbieter auferlegte Verpflichtung stellt sich in inhaltlicher Hinsicht weder als mit dem unternehmerischen Handeln identisch noch als an dieses angelehnt, sondern als unternehmensfremd dar

Jedenfalls können die mit der Bereitstellung der erforderlichen Technik einhergehenden Kosten, wie bereits zuvor dargestellt, nicht als nur in geringem Umfang Betriebsmittel bindend angesehen werden, so dass das Zurechnungskriterium aus diesem Grunde vorliegend nicht greift

(c) Ein Zurechnungsmoment kann sich nach der Rechtsprechung weiter aus der besonderen Sach- und Verantwortungsnahe ergeben (so etwa für die Abführung von Kirchenlohnsteuer BVerfGE 44, 103 und Lohnsteuer BFH BStBl 1963, III S. 468 durch den Arbeitgeber und die Verpflichtung von Tabakherstellern zur Anbringung von Warnhinweisen BVerfGE 95, 173). Im Schrifttum wird die Sach- und Verantwortungsnahe auch aus dem polizeirechtlichen Störer- und Zweckveranlassergedanken (Scholz a a O S 183 f., Waechter, VerwArch 1996, 68 <82f>) sowie - im Hinblick auf die Entscheidung des

Bundesverwaltungsgerichts zur Luftsicherheitsgebühr (BVerwGE 95, 188) - aus dem Gedanken einer besonderen Individualbegünstigung entwickelt

Eine derartige Sach- und Verantwortungsnähe soll für den Berufsstand der Telekommunikationsanbieter deswegen angenommen werden können, weil zwar von den Telekommunikationsnetzen selbst keine Gefährdungen ausgingen, sie jedoch in für den Unternehmer vorhersehbarerweise zur Begehung von Straftaten genutzt werden könnten. Es verhalte sich insofern ähnlich wie im Bereich der Geldwäsche, in dem den Banken wegen der Missbrauchsmöglichkeiten des Bankgeschäftes auch besondere Verpflichtungen auferlegt worden seien. Mobilfunknetze ermöglichten es, sich der „sozialen Kontrolle“ zu entziehen; wer eine „Tarnkappe“ in den Verkehr bringe, müsse für Zwecke der Strafverfolgung entschädigungslos eine Reidentifizierungsmöglichkeit bereitstellen (Waechter a a O. S. 82; 91)

Eine solche Sach- und Verantwortungsnähe vermag das vorliegende Gericht indes nicht zu erkennen. Der Dienst des Telekommunikationsanbieters ist neutral. Er stellt lediglich die Netze zur Verfügung, die zur Übermittlung von Kommunikation erforderlich sind. Verantwortlich für den Inhalt der Kommunikation sind die Nutzer. Die Anknüpfung der Zurechnung an die Zurverfügungstellung einer neutralen Leistung würde, wollte man sie als Zurechnungskriterium gelten lassen, den Kreis der danach Verantwortlichen unüberschaubar weit ziehen; denn vergleichbare Missbrauchsmöglichkeiten wohnen einer Vielzahl von Produkten oder Leistungen der Industriegesellschaft inne, beispielhaft seien Waffen und Automobile genannt (vgl. hierzu auch Braun, a a O.; Bock in: Beck'scher TKG-Kommentar, 3 § 110 Rz. 19; Koenig/Koch/Braun, K&R, 2002, 289 <295>). Im bloßen Zurverfügungstellen liegt daher kein normatives Element, das die Heranziehung des Telekommunikationsanbieters rechtfertigen könnte (vgl. hierzu v. Hammerstein, a a O.). Insofern ist der Betreiber des Telekommunikationsnetzes auch weder Störer - denn der Missbrauch des Netzes erfolgt durch die für den Inhalt der Kommunikation verantwortlichen Nutzer - noch Zweckveranlasser; denn dieser Rechtsgedanke lässt sich nicht auf einen beliebig großen Kreis von Unternehmen erweitern (vgl. Scholz, a a O. S. 185).

Das Zurverfügungstellen des Netzes fordert auch für sich genommen keinen Missbrauch heraus (so auch Braun, a a O.). Das „Tarnkappenargument“ führt schon insofern in die Irre, als es den Eindruck erweckt, die Gefährlichkeit und damit Überwachungsbedürftigkeit von Telekommunikation ergebe sich aus der durch die Telekommunikationsanbieter ermöglichten Nichtidentifizierbarkeit von Rufnummern. Die Telekommunikationsüberwachung knüpft jedoch vielmehr am vermuteten straf- oder sicher-

heitsrechtlich relevanten, nutzerverantworteten Inhalt von Telekommunikation an. Es stellt zudem „die Funktion der Grundrechte auf den Kopf“ (v. Hammerstein, a. a. O., 222 <225>), denn Art. 10 GG und seine einfachgesetzliche Umsetzung in § 88 TKG gewährleisten den anonymen, abhörfreien Telefonverkehr. Der Rechtfertigung bedarf nicht derjenige, der in Umsetzung des grundgesetzlichen Auftrages diesen ermöglicht (v. Hammerstein, a. a. O.).

Eine Parallele zu den den Banken zur Verhinderung von Geldwäschegeschäften auferlegten Pflichten (hierzu Waechter, a. a. O. S. 88) liegt gleichfalls nicht vor; denn im Unterschied zur Geldwäsche ist die erbrachte Leistung des Telekommunikationsanbieters tatsächlich neutral; bei den Bankgeschäften ist es das Geschäft selbst, nicht die reine Transferleistung der Bank, die Unrechtsgehalt besitzt (Kilching, a. a. O. S. 22).

Eine Begünstigung der Gruppe der Telekommunikationsanbieter, die der der Fluggäste in der vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Konstellation entspräche (hierzu Scholz, a. a. O.; Braun a. a. O.), ist schließlich gleichfalls nicht ersichtlich.

(d) Teilweise wird die Kostentragungspflicht der Telekommunikationsunternehmer auch deswegen für zumutbar gehalten, weil die gesetzliche Regelung nicht ausschließt, dass die Kosten auf den Kunden abgewälzt werden könnten (BVerfGE 30, 292).

Jedoch handelt es sich insoweit lediglich um eine Kontrollüberlegung; tragender Grund der Entscheidung war das mit der unternehmerischen Tätigkeit verknüpfte Gut der Versorgungssicherheit (vgl. hierzu oben). Die Überlegung stellt kein alleiniges Zu-rechnungskriterium im Sinne der unter (a) bis (c) benannten dar, sondern gibt lediglich Aufschluss darüber, dass umgekehrt die Indienstnahme wegen eines die Kostenüberwältzung verhindernden Hinweises unzumutbar werden könnte (v. Hammerstein, a. a. O., S. 226; weitergehend zur Wettbewerbsverzerrung Kilching, a. a. O., S. 25).

(3) Art. 12 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG

Sofern nicht schon nach den vorstehenden Ausführungen die kostenlose Überbürdung der Implementierungspflicht insgesamt unverhältnismäßig und daher verfassungswidrig ist, ist sie nach Auffassung des vorlegenden Gerichts jedenfalls im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG für die Gruppe der kleineren Firmen, deren ausschließliches Geschäft die Auslandstelefonie ist – wie im Falle der Klägerin – hinsichtlich der Übertragung der

Kostenlast für die zu implementierende und vorzuhaltende Überwachungstechnik unverhältnismäßig

Denn auch eine Berufsausübungsregelung, die im Übrigen nicht verfassungswidrig ist, kann vor dem Hintergrund des Art 3 Abs. 1 GG verfassungswidrig sein, wenn sie Ungleichheiten nicht berücksichtigt, die typischerweise innerhalb des Berufes bestehen, dessen Ausübung geregelt wird. Dies kann dann der Fall sein, wenn durch eine Berufsausübungsregelung innerhalb der betroffenen Berufsgruppe nicht nur einzelne, aus dem Rahmen fallende Sonderfälle, sondern bestimmte, wenn auch zahlenmäßig begrenzte, Gruppen typischer Fälle ohne zureichende sachliche Gründe wesentlich stärker belastet werden (BVerfGE 30, 292, <327>; BVerfGE 25, 236 <251>)

Durch die – grundsätzlich geeignete und erforderliche – allen Telekommunikationsanbietern in § 110 Abs. 1 TKG unterschiedslos aufgegebene Pflicht zur Implementierung von Überwachungstechnologie werden allerdings bei annähernd gleichen Implementierungskosten (v. Hammerstein, a. a. O., S. 226) kleinere und mittelständische Telekommunikationsanbieter in wirtschaftlicher Hinsicht härter getroffen als große (Kilchling, S. 25). Sachlicher Grund für die grundsätzliche Ausnahmslosigkeit der Implementierungspflicht ist die überragende Wichtigkeit des Schutzgutes der öffentlichen Sicherheit; sie verlangt, dass grundsätzlich alle auf dem Telekommunikationssektor tätigen Unternehmen unabhängig von ihrer Größe in der Lage sind, die durch § 110 Abs. 1 Nr. 1 TKG vorgegebenen Standards zu erfüllen. Im Umkehrschluss ergibt sich eine gegen Art 3 GG verstoßende Ungleichbehandlung kleinerer Unternehmen dann, wenn Sicherheitsinteressen deren Einbindung in die Implementierungspflicht nicht erfordern.

Der Gesetzgeber hat in § 110 Abs. 2 Nr. 2c TKG die Möglichkeit eröffnet, unter anderem aus Verhältnismäßigkeitsgründen durch Verordnung Ausnahmen von der Implementierungspflicht zuzulassen. Im Hinblick auf die Unternehmensgröße hat der Verordnungsgeber lediglich insoweit davon Gebrauch gemacht, indem er in § 3 Abs. 1 Nr. 5, 3 Abs. 2 S. 1 TKUV die Betreiber inländischer Endkundennetze mit weniger als 10.000 Teilnehmern von der Implementierungspflicht ausgenommen hat (vgl. zu einer vorgesehenen Erweiterung auf 20.000 Teilnehmer etwa die Erwägungen in BT-Drs. 631/01/05 S. 1).

Sicherheitsbedenken sind jedoch –jedenfalls nach den offiziellen Verlautbarungen der Bundesregierung – gleichfalls nicht für die von der Klägerin repräsentierte Gruppe der sogenannten „Carrier“, also der allein mit Datenvermittlung befassten Telekommunikationsanbieter, die kein Endkundennetz aufweisen, mit Auslandsbezug ersichtlich, sofern

es sich um kleinere Anbieter handelt; ähnliches dürfte für kleinere Telekommunikationsanbieter mit Endkundennetz gelten

„Carrier“ waren grundsätzlich und unabhängig von der Unternehmensgröße nach § 3 Abs 2 Nr. 1 TKUV von der Implementierungspflicht freigestellt. Erst durch die Erweiterung des Anwendungsbereiches der TKUV in § 4 Abs. 2 TKÜV in der Fassung vom 3. November 2005 (TKÜV 2005) und Beschränkung der Ausnahmeregelung des § 3 Abs. 2 Nr. 1 TKÜV in § 3 Abs. 2 S. 2 TKÜV 1005 auf das Inland unterfielen sie erstmalig der Implementierungspflicht, sofern ihr Geschäft Auslandsbezug aufwies. Nach den schon erwähnten Zahlen aus dem Jahre 2005 – neuere liegen nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung offenbar auch der Beklagten nicht vor – werden von etwa zehn bis 15 Telekommunikationsanbietern Datentransporte über Auslandsköpfe betrieben (BT-Drs. 631/05, S. 2); fünf dieser Betreiber halten 21 Auslandsköpfe inne (BT-Drs. 15/5199 S. 6. Frage 24). Nach der offiziell geäußerten Auffassung der Bundesregierung wäre es zwar „aus ermittlungstaktischen Gründen optimal“, wenn eine „lückenlose Überwachung“ aller dieser Auslandsköpfe gewährleistet sei. Unter Sicherheitsgesichtspunkten sei es jedoch auch ausreichend, wenn lediglich die Auslandsköpfe der fünf größten Betreiber erfasst seien. Die entstehende Sicherheitslücke sei „vernachlässigbar klein“ (BT-Drs. 15/5199 S. 6f. Frage 25).

Diese regierungsoffizielle Einschätzung zugrunde gelegt, ist also aus Sicherheitsgründen eine Überwachung auch der Auslandsköpfe kleinerer Betreiber nicht notwendig. Damit entfällt der sachliche Grund für die eine Benachteiligung gegenüber größeren Betreibern bewirkende Einbeziehung kleinerer Carrierunternehmen in die Implementierungspflicht.

Eine darüber hinausgehende Ungleichbehandlung der Carrier unabhängig von der Unternehmensgröße vermag das vorliegende Gericht indes nicht zu erkennen. Sofern hierzu vertreten wird, die erstmalig anfallenden Implementierungskosten träfen diese im Hinblick auf die Unternehmensstruktur überproportional im Verhältnis zu den Betreibern von Endkundennetzen, die seit jeher mit der Belastung durch Implementierungspflicht Kosten zu rechnen hatten (Kilching a. a. O. S. 25), ist schon der Schutzbereich des Art. 12 GG nicht betroffen. Denn dieser sichert nicht das Fortbestehen von Wettbewerbsvorteilen; das Vertrauen der Carrier auf Fortbestehen ihrer Marktlücke ist nicht geschützt.

II Art. 14 Abs. 1 GG

Des Weiteren verletzt die sich § 110 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 2c, Abs. 9 Satz 2 TKG ergebende Pflicht, auf Kosten des Telekommunikationsunternehmens an den Auslandsköpfen seines Telekommunikationsnetzes Vorrichtungen zur Überwachung der Telekommunikation vorzuhalten, das Grundrecht der Telekommunikationsanbieter aus Art. 14 Abs. 1 GG

Auch hinsichtlich dieser Norm liegt Grundrechtsfähigkeit der inländischen juristischen Person im Sinne des Art. 19 Abs. 3 GG vor (BVerfGE 4, 7<17>; 50, 290<321>); da es sich um einen mittelbaren Eingriff handelt, ist das Zitiergebot des § 19 Abs. 1 GG nicht verletzt

1. Schutzbereich

Hinsichtlich des Eingriffs in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG ist zu differenzieren zwischen der Pflicht zur Anschaffung der für die Durchführung von Überwachungsmaßnahmen erforderlichen Geräte einerseits und der Pflicht zu deren Vorhaltung und Betrieb andererseits

Hinsichtlich der Pflicht zur Anschaffung der Geräte kommt nur eine Verletzung des vom Schutzbereich des Art. 14 GG erfassten Rechts der Klägerin am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in Betracht. An den zu erwerbenden Geräten hat die Klägerin noch kein Eigentum; sie ist aber aufgrund der gesetzlichen Verpflichtung aus § 110 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG genötigt, es zu erwerben und zu ihrem Gewerbebetrieb gehörige Betriebsmittel für diese Zwecke einzusetzen

Hinsichtlich der Pflicht zur Vorhaltung und zum Betrieb der dann erworbenen Geräte ist die Klägerin zum einen in der von Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Privatnützigkeit des Eigentums berührt; ebenso, sofern es darum geht, bereits vorhandene Geräte für Überwachungszwecke um- oder aufzurüsten (Kilching, a. a. O. S. 20; Schmidt-Preuß, Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Entschädigung für Leistungen der Telekommunikations-Überwachung und der Auskunftserteilung http://www.sfu.ca/cprost/prepaid/relateddocs/Germany/Schmidt-PreuB_and_German_Constitution.pdf, S. 8)

Zum anderen ist auch insoweit das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb betroffen, als die Implementierungsarbeiten das Unternehmen nötigen, zusätzliches Personal einzustellen und Betriebsabläufe den Erfordernissen der Telekommunikationsüberwachung anzupassen

2 Schranken

Da mangels eines Finalität und Zielgerichtetheit des beschriebenen Eingriffs keine Ent-eignung im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG vorliegt, kann die in Rede stehende Verpflichtung nur als Inhaltsbestimmung im Sinne des Art. 14 Abs. 2 GG aufzufassen sein (so auch Kilching, a a O ; Schmidt-Preuß, a a O) Diese ist dann zulässig, wenn sie ver-hältnismäßig ist. Insoweit wird auf das oben unter (B. I. 2. b. cc.) Gesagte verwiesen.

III Konkurrenzen

Das Verhältnis der Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 14 Abs. 1 GG zu-einander ist – insbesondere im Bereich des des eingerichteten und ausgeübten Gewer-bebetriebes – nicht abschließend geklärt (zum Streitstand vgl. Bryde in v. Münch, Grundgesetzkommentar, 5. Aufl., Art. 14 Rz. 109). Das vorlegende Gericht geht mit der h. L. von einem Verhältnis der Idealkonkurrenz aus (vgl. Bryde, a a O.)

Neumann

Schulte

Mueller-Thuns



Ausgefertigt

Kalinski
Justizangestellte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle