Berlin, im Dezember 2006
Stellungnahme Nr. 67/2006
www.anwaltverein.de

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Strafrechtsausschuss

zur

Verfassungsbeschwerde 2 BvR 902/06

Mitglieder des Ausschusses:

Rechtsanwalt Prof. Dr. Rainer Hamm, Frankfurt a.M. (Berichterstatter)
Rechtsanwalt Eberhard Kempf, Frankfurt a.M. (Berichterstatter)
Rechtsanwältin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam (Berichterstatterin)
Rechtsanwalt Dr. h.c. Rüdiger Deckers, Düsseldorf
Rechtsanwältin Dr. Gina Greeve, Frankfurt a.M.
Rechtsanwältin Gabriele Jansen, Köln
Rechtsanwältin Gül Pinar, Hamburg
Rechtsanwalt Georg Prasser, Stuttgart
Rechtsanwalt Michael Rosenthal, Karlsruhe
Rechtsanwalt Dr. Rainer Spatscheck, München

Zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Tanja Brexl, Berlin

Verteiler:

- Bundesverfassungsgericht
- An die Mitglieder des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages
- Bundesministerium der Justiz
- An die Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Deutscher Steuerberaterverband
- An die Mitglieder des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins e.V.
- An die Vorsitzenden der Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- An die Vorsitzenden der Fach- und Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins e.V.
- An die Mitglieder des Strafrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins e.V.
- An die Mitglieder des Informationsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins e.V.
- An die Mitglieder des Verfassungsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins e.V.
- An den Vorsitzenden des FORUM Junge Anwaltschaft im Deutschen Anwaltverein e.V.

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit 64.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Die nachfolgende Stellungnahme wurde im Deutschen Anwaltverein durch den vom BVerfG angesprochenen Strafrechtsausschuss[1] - nach Beratung durch den Informationsrechtsausschuss[2] - erarbeitet und formuliert.

Der nicht sehr große Umfang der Stellungnahme erklärt sich zum einen aus dem Verzicht auf die Wiedergabe der in der Verfassungsbeschwerde und den bereits vorliegenden Meinungsäußerungen vertretenen Positionen, zum anderen aber auch daraus, dass die Verfasser nach sorgfältiger Erörterung und Abwägung aller teilweise sehr komplexer Lösungsmodelle einer vergleichsweise „einfachen“ Antwort auf die mit der Beschwerde aufgeworfenen Fragen den Vorrang einräumen. Dieses Ergebnis wurde begünstigt durch die Erkenntnis, dass durch vorausgegangene Entscheidungen des BVerfG begriffliche und dogmatische Vorgaben vorhanden sind, die eine „Einpassung“ der hier gefragten Grundrechtsschutzmuster dann erleichtern, wenn man der Rechtsklarheit und sprachlichen Konsistenz bei der Markierung von Grenzen zwischen Eingriffs- und Abwehrrechten einen verfassungsrechtlich verankerten Wert beimisst.

Der DAV spricht sich nachhaltig dafür aus, dass das Bundesverfassungsgericht gerade angesichts der technisch so komplexen und raschem Wandel unterworfenen Regelungsmaterie wie der des modernen Kommunikationswesens den Grundrechtsschutz jeweils so definiert und verfassungskonform programmiert, dass dem einfachen Gesetzgeber und den Fachgerichten erspart bleibt, sich von dem ständigen Wechsel der Informationstechniken amorphe und anpassungsfähige Begrifflichkeiten aufdiktieren zu lassen. „Flexible“ Rechtsbegriffe, deren Ausle-

1 Der Strafrechtsausschuss hat unter Ausschluss seines Vorsitzenden, RA Dr. Stefan König, beraten, da RA Dr. Stefan König als Bevollmächtigter des Beschwerdeführers auf die Begründung der Verfassungsbeschwerde festgelegt ist

2 Mitglieder des Informationsrechtsausschusses sind: Rechtsanwälte Prof. Dr. Jochen Schneider (Vorsitzender), Dr. Ivo Geis, Niko Härting, Prof. Dr. Rainer Hamm (BE), Dr. Helmut Redeker und Prof. Dr. Holger Zuck

gung in unterschiedlichen Reglungsbereichen immer wieder auf mehr oder weniger passende Analogien angewiesen wäre, müssten die Einheit der Rechtsordnung ebenso gefährden wie die Stabilität des Grundrechtsschutzes.

Der DAV spricht sich deshalb dafür aus, die Entscheidung über die vorliegende Verfassungsbeschwerde zu nutzen, um die bisherige grundrechtsstärkende Verfassungsrechtsprechung zu den Eingriffsbefugnissen der Strafverfolgungsbehörden zu einem in sich stimmigen Schutzkonzept abzurunden.

I. Aus dem Grundgesetz und der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG folgende Leitlinien für die zu treffende Entscheidung

Die in der vorlegenden Sache zu treffende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts sollte nach Auffassung des DAV folgenden Zielvorgaben gerecht werden:

1. Die in der Entscheidung 2 BvR 2099/04 v. 2.3.2006 gezogene Grenze zwischen dem Schutzbereich des Art. 10 I GG einerseits und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG) sowie ggfls. dem Schutz der Wohnsphäre (Art. 13 GG) andererseits muss auch für die Fallkonstellation des zu entscheidenden Falles (Zugriff auf extern beim Provider gespeicherten und für den Betroffenen durch einen Telekommunikationszugriff verfügbaren Verbindungs- und Inhaltsdaten von E-Mails) maßgeblich sein. Das bedeutet, dass der Schutz des Art. 10 I GG und damit auch die Anwendbarkeit des § 100a StPO dort und dann endet, wo und sobald der Vorgang der Nachrichtenübermittlung durch Telekommunikation zwischen dem Sender und dem Adressaten von E-Mails abgeschlossen ist und damit die Inhalte der E-Mails in der *„vom Bürger selbst beherrschbaren Privatsphäre“* angekommen sind. Das führt zu dem Umkehrschluss, dass der Schutz durch Art. 10 GG solange fortzubestehen hat, als der Telekommunikationsvorgang in dem beschriebenen Sinne noch andauert, und zwar unabhängig davon, ob, wie oft, wie lange und wo er wegen der konkreten kommunikationstechnischen Gegebenheiten (z.B. durch Zwischenspeicherung) unterbrochen wird.

2. Damit kommt dem **Begriff der Telekommunikation** eine zentrale Bedeutung zu, dessen Umgrenzung insoweit verfassungsrechtlich determiniert ist, als von der Definition und Subsumtion die Art und Stärke des Grundrechtsschut-

zes abhängt. Der Rechtsbegriff der Telekommunikation sollte einer einheitlichen Verwendung zugeführt werden, um die verfassungsrechtlich gebotene Grenzziehung zwischen dem Geltungsbereich des § 100a StPO und dem der §§ 94, 98 StPO für die Rechtsanwender und insbesondere für die Betroffenen transparent und berechenbar zu machen.

3. Für eine einheitliche Begriffsbestimmung sollte einer Übernahme der Legaldefinition des Telekommunikationsgesetzes der absolute Vorrang vor allen kontextbezogenen und jeweils bereichsspezifisch teleologischen Ansätzen eingeräumt werden. § 3 Nr. 22, 23 TKG definiert

   - *„Telekommunikation“ als „der technische Vorgang des Aussendens, Übermittelns und Empfangens von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen“ und*
   - *„Telekommunikationsanlagen“ als „technische Einrichtungen oder Systeme, die als Nachrichten identifizierbare elektromagnetische oder optische Signale senden, übertragen, vermitteln, empfangen, steuern oder kontrollieren können“*.

   Soweit andere einfache Gesetze, namentlich die StPO ebenfalls den Begriff der „Telekommunikation“ verwenden, würde eine von dieser Legaldefinition des TKG abweichende Begriffsbestimmung voraussetzen, dass zwingende, z.B. am jeweiligen Regelungszweck orientierte Gründe einen differenzierten Sprachgebrauch nahe legen. Solche Gründe sind nicht zu erkennen.[3]

4. Das TKG, die Telekommunikationsüberwachungsverordnung (TKÜV) und die Vorschriften der StPO, die Eingriffe der Strafverfolgungsbehörden in die Te-

[3] Soweit für die damalige Gesetzeslage von Thomas Böckenförde, Die Ermittlung im Netz, Tübingen 2003, S. 455 ff. eine unterschiedliche Definition und Grenzziehung befürwortet und insbesondere aus der damaligen Regelung des § 39 AWG hergeleitet wurde, ist dieser Argumentation der Boden dadurch entzogen, dass das BVerfG in seiner Entscheidung vom 3.3.2004 – 1 BvF 3/92 (BVerfGE 110, 33 ff.) § 39 AWG für unvereinbar mit dem GG bezeichnet hat und daraufhin durch das NTBG v. 21.12.2004 (BGBl. I, 3603) eine begriffliche Harmonisierung mit dem neu in das ZollfahndungsdienstG eingefügten § 23 a und TKG sowie der TKÜV hergestellt wurde. Wenn gleichwohl noch heute teilweise eine rechtliche Gleichsetzung von Telekommunikation i.S. des § 100a StPO mit der Legaldefinition des § 3 Nr. 22,23 TKG abgelehnt wird (Günther NStZ 2005, 490f.; Meyer-Goßner, StPO, 49. Auflage, § 100a Rnr. 2), so wird dies der heutigen Gesetzeslage nicht mehr gerecht. Allenfalls für die hier nicht maßgebliche Abgrenzung zwischen Telekommunikation, Telediensten und Rundfunk/Fernsehen mögen begriffliche Differenzierungen angebracht sein.

lekommunikationsfreiheit ermöglichen, erlauben und begrenzen (§§ 100a, b, g, h, i, 101 StPO), konkretisieren und erfüllen den Gesetzesvorbehalt des Art 10 Abs. 2 S.1 GG, indem sie Eingriffe in das nach Art. 10 Abs.1 GG (im Übrigen) unverletzliche Fernmeldegeheimnis konkret normieren. Auch weil alle diese Vorschriften denselben – durch das Grundgesetz vorgegebenen - Regelungsgegenstand betreffen, ist es verfassungsrechtlich geboten, der Auslegung des § 100a StPO und seiner Abgrenzung den das Brief- und Postgeheimnis betreffenden Eingriffsermächtigungen denselben Begriff der Telekommunikation zugrunde zu legen wie er der Legaldefinition des TKG entspricht.

5. Da das Brief- und Postgeheimnis ebenso wie der Schutz der Wohnung (Art. 13 GG) durch andere, teils weiter teils weniger weit gehende Begrenzungen bzw. Legalisierungen gesetzlich geregelt sind, erübrigen und verbieten sich Analogien aus jenen Vorschriften – so sehr sie auch durch manchen Alltagssprachgebrauch nahe liegen. „Mail“ ist zwar das englische Wort für „Post“, „E-Mail“ ist aber die inzwischen auch im Deutschen gebräuchliche Bezeichnung für einen Vorgang, der in allen seinen Teilakten nach der Definition des TKG eindeutig dem Begriff der Telekommunikation unterfällt. Dies gilt jedenfalls so lange, als *„der technische Vorgang des Aussendens, Übermittelns und Empfangens von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen“* (§ 3 Nr. 22 TKG**)** noch nicht abgeschlossen ist, weil der Empfänger der sprachlich übermittelten Nachricht noch auf einen Telekommunikationsvorgang (die Fernabfrage mittels Internet) angewiesen ist, um von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen und zu entscheiden, ob und wie er darauf antwortet oder nicht.

6. Auch das Datum selbst, ob der Empfänger die ihm übermittelte Nachricht ohne Reaktion gelassen oder beantwortet hat, gehört zu dem spezifischen, durch das Fernmeldegeheimnis geschützten Kommunikationsvorgang, der jedenfalls solange jenes durch Art 10 GG gewährleisteten *„Ausgleichs für den technisch bedingten Verlust an Beherrschbarkeit der Privatsphäre“* (BVerfG NJW 2006, 979 Rnr. 80) bedarf, als die zugehörigen Aufzeichnungen sich noch außerhalb der durch den Empfänger allein beherrschbaren Privatsphäre befinden. Hinsichtlich dieser Fragestellung kann es also verfassungsrechtlich keinen Unterschied machen, ob die Strafverfolgungsbehörden

die eigentlichen („geschriebenen“) Inhalte einer E-Mail oder „nur“ den Teil der Verbindungsdaten, der Auskunft über die Reaktion des Empfänger gibt, einsehen wollen. Dies mag folgendes Beispiel verdeutlichen:

Beim herkömmlichen Telefonieren kann die einseitige und wortlose Gesprächsunterbrechung (das „Auflegen des Hörers“) durch den Angerufenen durchaus eine Mitteilung an den anderen Telekommunikationsteilnehmer sein, die ihm deutlich machen soll, was der Auflegende von dem zuletzt vom Gesprächspartner Gesagten gehalten hat. Ebenso kann auch der Reaktion eines E-Mail-Empfängers, die in der schlichten Nichtbeantwortung einer Mail besteht, eine inhaltliche Bedeutung zukommen. Somit kann für einen Dritten (z.B. auch die Strafverfolgungsbehörde) die Information, dass eine E-Mail überhaupt (nicht) beantwortet wurde, aufschlussreich z.B. für das Vorhandensein (bzw. das Nichtbestehen) eines zweiseitigen Kommunikationsverhältnisses zwischen z.B. einem Beschuldigten und einem potentiell Verdächtigen sein.

Dies spricht dafür, die auf dem Server des Providers vorhandenen Kommunikationsdaten und die zugehörigen Inhaltsdaten einheitlich und unterschiedslos daraufhin zu überprüfen, ob sie dem Fernmeldegeheimnis unterliegen und somit nur unter den Bedingungen des § 100a StPO dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden offen steht.

II. Folgerungen für den konkret zu entscheidende Verfassungsrechtsfrage.

Aus dem Vorstehenden folgt nach Auffassung des Deutschen Anwalt Vereins für die vorliegende Verfassungsbeschwerde:

1. Unter der Geltung eines einheitlichen Begriffs der Telekommunikation sowie der Abgrenzungskriterien aus der Entscheidung des Senats vom 02.03.2006 zu den Grenzen des Schutzbereichs des Art. 10 GG muss § 100a StPO auch für die auf dem Server des Providers zwischengelagerten E-Mails als maßgebliche Eingriffsnorm angesehen werden, weil die Speicherung dort nur als Vorstufe zu dem wiederum nur im Wege eines Telekommunikationszugriffs möglichen Zugangs des Empfängers auf die Mitteilungsinhalte dient. Die

Zwischenspeicherung ist damit Teil eines einheitlichen – wenn auch dreistufigen – Übermittlungsvorgangs, der frühestens mit der erstmaligen Kenntnisnahme des Inhalts durch den E-Mail-Empfänger beendet sein kann. Gerade weil der Empfänger nur im Wege eines selbst eingeleiteten Telekommunikationsvorgangs Zugriff auf „seine“ beim Provider gespeicherten E-Mails hat, kann die Dreistufigkeit des gesamten Übertragungsvorgangs (1. Versendung bis zum Server des Providers, 2. Zwischenspeicherung auf diesem Server, 3. Abruf unter Nutzung der Telekommunikationstechniken des Internets) keinen Grund dafür bieten, einzelne Abschnitte aus dem Schutzbereich des Art. 10 GG herauszunehmen.

2. Die Gegenmeinung, die im Wesentlichen darauf abstellt, der Kommunikationsvorgang sei allein schon damit als beendet anzusehen, dass der Empfänger auf die für ihn gespeicherten Mail ebenso zugreifen könne wie beim Eingang auf einem eigenen PC, verkennt, dass der Vorgang des Zugriffs auf den Providerserver seinerseits noch ein Vorgang der Telekommunikation ist, was für die im eigenen PC gespeicherten nicht zutrifft.

3. Diskutabel wäre allenfalls eine Differenzierung zwischen den vom Kunden des Providers bereits einmal abgerufenen und den von ihm noch nicht abgerufenen E-Mails. Eine solche Unterscheidung mit der Folge, dass nur die Letztgenannten noch dem Schutz des Art. 10 GG unterfallen würden, könnte sich dann anbieten, wenn mit dem Vorgang des ersten Aufrufs durch den E-Mail-Empfänger und seiner Entscheidung, ob er die E-Mail auf dem Server belässt, beantwortet oder „löscht“, der einheitliche Gesamtvorgang der (mehrteiligen) Telekommunikation abgeschlossen wäre. Nur dann wäre die Frage nach der noch bestehenden erhöhten Schutzbedürftigkeit der „schon gelesenen“, aber auf dem Server belassenen Mails jener Fallkonstellation vergleichbar, für die das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 02.03.2006 lediglich den Grundrechtsschutz aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG) bejaht hat.

   Das hängt aber davon ab, ob unter den Gegebenheiten der verwendeten Techniken der E-Mail-Provider der Empfänger tatsächlich die Möglichkeit hat, wie in seiner „selbst beherrschbaren Privatsphäre“ die E-Mail-Daten, d.h.

sowohl ihren Inhalt als auch die Aufzeichnungen darüber, ob er von ihnen Kenntnis genommen und sie entweder beantwortet oder nicht beantwortet hat, rückstandslos zu löschen.

Dies ist aber nicht so. Vielmehr bestehen in der Sphäre des Providers, die von seinem Kunden in keiner Weise überblickt oder gar beeinflusst werden kann, vielfältige Möglichkeiten und teilweise auch die Notwendigkeit, jeden Eingriff in die Serverstruktur und die Serverinhalte gerade auch für berechtigte Zugriffe zu dokumentieren und auch für Ausnahmefälle reproduzierbar zu halten.

4. Kein Provider kann und darf seinen Server dem jeweiligen Kunden zur völlig freien Verfügung überlassen, so dass dieser nach Art eines in der eigenen Wohnung stehenden PC über die „seine“ E-Mails enthaltenden Partizipationen nach Belieben verfügen könnte. Das folgt schon aus der Notwendigkeit der jederzeitigen Administratorenzugriffe. Es folgt aber auch aus den nahezu lückenlosen Verpflichtungen, die §§ 110 bis 115 TKG und ergänzend die Telekommunikationsüberwachungsverordnung (TKÜV) vom 03.11.2005 (BGBl. 1, S. 3136) allen Betreibern von Kommunikationsanlagen auferlegen, und zwar gerade für die Zwecke der gesetzlich zugelassenen Eingriffe in die Telekommunikation durch Strafverfolgungs- und Sicherheitsbehörden.

   Die in den umfangreichen §§ 3 ff. TKÜV geregelten Maßnahmen und Vorkehren ergäben überhaupt keinen Sinn, wenn der Gesetzgeber selbst die durch E-Mail stattfindende Telekommunikation insoweit aus seinem Regelungsbereich hätte herausnehmen wollen, als die Übertragungsvorgänge durch eine „Zwischenspeicherung“ der Inhalte oder auch nur durch einen ersten Zugriff des Kunden „unterbrochen“ wurden.

5. Die Gegenmeinung kann auch nicht für sich geltend machen, dass im Zusammenhang mit der E-Commerce-Richtlinie bei der Schuldrechtsnovelle in § 312 e Abs. 1 Satz 2 BGB eine gesetzliche Fiktion geschaffen wurde, wonach zum Zwecke der Vertragsklarheit per Nutzung eines Teledienstes (nicht: Telekommunikationsdienstes wie E-Mail!) übermittelte Willenserklärung dann als zugegangen *„gelten, wenn die Parteien, für die sie bestimmt*

sind, sie unter gewöhnlichen Umständen abrufen können“. Dass der Zivilrechtsgesetzgeber es für erforderlich gehalten hat, eine solche Fiktion zu normieren, spricht eher dafür, dass ihm die faktisch gegenteilige Sachlage durchaus bewusst war und er gerade vermeiden wollte, dass die Rechts- und Technikunsicherheit dieser Phase sich als Unklarheit in Vertragsanbahnungsverhältnisse auswirkt.

Dieser Gesetzesfiktion hätte es nicht bedurft, wenn schon nach dem allgemeinen rechtlichen Sprachgebrauch die Möglichkeit des Zugriffs auf beim Anbieter von Telediensten eingegangene Willenserklärungen ohnehin bedeutete, dass der so bewerkstelligte Kommunikationsvorgang als beendet anzusehen wäre. Das gilt erst Recht für die vertrauliche, aber auch in allgemein bekannter Weise angriffsgefährdete bilaterale E-Mail-Kommunikation. Entscheidend ist aber auch hier, dass die Grenzen für staatliche Eingriffe in das Grundrecht der Kommunikationsfreiheit nicht durch Fiktionen oder Analogien gezogen werden dürfen, sondern sich an den Regelungszusammenhängen und einer möglichst geradlinigen Begrifflichkeit zu orientieren haben.

6. Sollten (auch) technische Schwierigkeiten gegen eine unterschiedliche Behandlung der vom Empfänger auf dem externen Server belassenen, aber schon einmal gelesenen Mails und der noch nicht aufgerufenen Mails sprechen, wäre dies jedenfalls kein Grund, auch die Letzteren dem Schutz des Art. 10 GG zu entziehen. Die Untrennbarkeit wäre dann ein weiteres Argument dafür, allen noch auf dem Providerserver gespeicherten Mails unterschiedslos den grundrechtlichen Schutz des Fernmeldegeheimnisses zuteil werden zu lassen.

7. Dieses an einer geradlinigen Grundrechtsschutzgrenze orientierte Ergebnis führt nicht etwa zu unbefriedigenden und die Strafverfolgung behindernden praktischen Folgen. Soweit die Voraussetzungen des § 100a StPO vorliegen (z.B. Ermittlungen wegen einer Katalogtat), ermöglicht eine richterliche Anordnung ohne weiteres auch den Zugriff auf die beim Provider gespeicherten E-Mail-Daten, und soweit der Absender E-Mail vor dem Absenden und der Empfänger nach dem ersten Lesen eine Kopie auf dem eigenen PC gespeichert haben (was einer weit verbreiteten Übung entspricht), sind diese Fest-

platteninhalte auch in Vollziehung eines auf die betreffenden Räume bezogenen Durchsuchungsbeschlusses nach den §§ 94, 98 StPO beschlagnahmefähig.

II. Fazit:

Der DAV hält die Verfassungsbeschwerde für begründet, weil sich der richterliche Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss auf alle (auch elektronisch gespeicherten) Dokumente in den bezeichneten Räumen des Beschwerdeführers bezog, nicht jedoch auch auf den E-Mailverkehr, der aus den durchsuchten Räumen heraus nur im Wege eines Telekommunikationsvorgangs zugänglich waren.