



# Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch  
die Ausschüsse Gefahrenabwehrrecht,  
Informationsrecht, Strafrecht

## Messengerdienste in der e-Privacy-Reform: Diskussion über staatliche Zugriffe führen

Stellungnahme Nr.: 50/2016

Berlin, im September 2016

### Mitglieder des Ausschusses Informationsrecht

- Rechtsanwalt Dr. Helmut Redeker, Bonn (Vorsitzender und Berichterstatter)
- Rechtsanwältin Dr. Christiane Bierehoven, Nürnberg
- Rechtsanwältin Isabell Conrad, München
- Rechtsanwalt Dr. Malte Grützmaker, LL.M., Hamburg
- Rechtsanwalt Prof. Niko Härting, Berlin (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Peter Huppertz, LL.M., Düsseldorf
- Rechtsanwalt Dr. Robert Selk, LL.M. (EU), München
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Holger Zuck, Stuttgart

### Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwältin Nicole Narewski, Berlin

### Mitglieder des Ausschusses Gefahrenabwehrrecht

- Rechtsanwältin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam (Vorsitzende und Berichterstatterin)
- Rechtsanwalt Wilhelm Achelpöhler, Münster
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Björn Gercke, Köln
- Rechtsanwältin Andrea Groß-Bölting, Wuppertal
- Rechtsanwalt Dr. Stefan König, Berlin
- Rechtsanwältin Dr. Regina Michalke, Frankfurt / Main
- Rechtsanwältin Kerstin Oetjen, Freiburg
- Rechtsanwältin Lea Voigt, Bremen

### Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwalt Max Gröning

**Deutscher Anwaltverein**  
Littenstraße 11, 10179 Berlin  
Tel.: +49 30 726152-0  
Fax: +49 30 726152-190  
E-Mail: dav@anwaltverein.de

**Büro Brüssel**  
Rue Joseph II 40  
1000 Brüssel, Belgien  
Tel.: +32 2 28028-12  
Fax: +32 2 28028-13  
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de  
Transparenz-Registernummer:  
87980341522-66

**Mitglieder des Ausschusses Strafrecht:**

- Rechtsanwalt Prof. Dr. Stefan König, Berlin (Vorsitzender und Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. h. c. Rüdiger Deckers, Düsseldorf
- Rechtsanwältin Dr. Margarete Gräfin von Galen, Berlin
- Rechtsanwältin Dr. Gina Greeve, Frankfurt am Main
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Rainer Hamm, Frankfurt am Main
- Rechtsanwalt Eberhard Kempf, Frankfurt am Main
- Rechtsanwalt Dr. Ali B. Norouzi, Berlin
- Rechtsanwältin Gül Pinar, Hamburg
- Rechtsanwalt Michael Rosenthal, Karlsruhe
- Rechtsanwalt Martin Rubbert, Berlin (Berichterstatter)
- Rechtsanwältin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam (Berichterstatterin)
- Rechtsanwalt Dr. Rainer Spatscheck, München
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Gerson Trüg, Freiburg im Breisgau

**Zuständig in der DAV-Geschäftsführung**

- Rechtsanwältin Tanja Brexl, Berlin

## **Verteiler**

---

Bundesministerium des Innern  
Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz  
Bundesgerichtshof  
Bundesanwaltschaft

Deutscher Bundestag – Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz  
Deutscher Bundestag – Innenausschuss  
Ausschuss für Wirtschaft und Energie im Deutschen Bundestag  
Ausschuss Digitale Agenda im Deutschen Bundestag

Arbeitsgruppen Inneres der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien  
Arbeitsgruppen Recht der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien

Die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit  
Die Datenschutzbeauftragten der Bundesländer

Justizministerien und -senatsverwaltungen der Länder  
Landesministerien und Senatsverwaltungen des Innern  
Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit  
Landesdatenschutzbeauftragte  
Innenausschüsse der Landtage  
Rechtsausschüsse der Landtage  
Arbeitskreise Recht der im Bundestag vertretenen Parteien

Europäische Kommission - Vertretung in Deutschland  
Bundesrechtsanwaltskammer  
Deutscher Richterbund  
Bundesverband der Freien Berufe  
Gewerkschaft der Polizei (Bundesvorstand)  
Deutsche Polizeigewerkschaft im DBB  
Verd.di, Recht und Politik  
Bund Deutscher Kriminalbeamter  
Deutscher Notarverein e.V.  
Deutscher Steuerberaterverband  
Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)  
GRUR  
BITKOM  
DGRI  
Deutscher Strafverteidiger e. V.  
Regionale Strafverteidigervereinigungen  
Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen und -initiativen

Vorstand und Landesverbände des DAV  
Vorsitzende der Gesetzgebungs- und Geschäftsführenden Ausschüsse des DAV  
Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft des DAV  
Gesetzgebungsausschuss Gefahrenabwehrrecht  
Gesetzgebungsausschuss Informationsrecht  
Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins

Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen  
Anwaltvereins  
Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer  
Vorsitzende des Strafrechtsausschusses des KAV, BAV

Frankfurter Allgemeine Zeitung  
Süddeutsche Zeitung  
Berliner Zeitung  
Juris Newsletter  
Strafverteidiger-Forum (StraFo)  
Neue Zeitschrift für Strafrecht, NStZ  
Strafverteidiger  
KriPoZ Kriminalpolitische Zeitschrift  
Redaktion NJW  
Juve-Verlag  
Juris

Prof. Dr. Jürgen Wolter, Universität Mannheim  
Deutscher Juristentag (Präsident und Generalsekretär)  
Prof. Dr. Schöch, LMU München

**Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.**

---

## **Zusammenfassung**

Bei der anstehenden Reform der europäischen e-Privacy-Richtlinie geht es auch um die Vertraulichkeit der Kommunikation über Messengerdienste, Webmail und Soziale Netzwerke. Der DAV fordert eine breite gesellschaftliche Diskussion über die Rahmenbedingungen des staatlichen Zugriffs auf diese Dienste. Ein solcher Zugriff darf nicht lautlos durch „die Hintertür“ einer Ausweitung der e-Privacy-Richtlinie auf diese Dienste eingeführt werden. Denn dies könnte zu einer beträchtlichen Ausweitung des staatlichen Zugriffs auf vertrauliche Kommunikation führen.

Derzeit ist eine Überwachung der Kommunikation über Messengerdienste nur durch eine Quellen-Telekommunikationsüberwachung auf dem jeweiligen Gerät möglich. Die Quellen-TKÜ ist jedoch ein weitaus schwerwiegenderer Eingriff als die herkömmliche leitungsbezogene Telekommunikationsüberwachung. Der DAV fordert, dass für die Quellen-TKÜ neben §§ 100a, b StPO eine Rechtsgrundlage geschaffen wird. Es muss unter anderem sichergestellt werden, dass im Rahmen der Quellen-TKÜ ausschließlich die laufende Telekommunikation überwacht und aufgezeichnet wird und dass die Quellen-TKÜ nur zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus eingesetzt werden darf. Im präventiven Bereich müssen die Eingriffsgrundlagen im Einzelnen verhältnismäßig begrenzt sein.

## **Stellungnahme**

Die Europäische Kommission plant eine Reform der e-Privacy-Richtlinie (EPR, Richtlinie 2002/58/EG). Im Zuge der Reform soll unter anderem entschieden werden, ob sog. OTT-Dienste als Telekommunikationsdienste gelten sollen. Over-The-TOP (OTT-)Dienste sind Dienste, die herkömmlich über Telekommunikationsnetzwerke erbrachte Dienste über das Internet zur Verfügung stellen.

Sie setzen damit auf der bestehenden Telekommunikations-Infrastruktur auf und nutzen diese zu Kommunikationszwecken. Beispiele sind

- Voice over IP (z.B. Skype);
- Instant Messaging (WhatsApp, Snapchat und Facebook Messenger);
- Webmail (z.B. Gmail und Yahoo Mail);
- Mitteilungen in sozialen Netzwerken (z.B. Twitter).

Die Erbringer solcher Dienstleistungen ermöglichen zwar das Telefonieren und vermitteln Nachrichten zwischen Ihren Kunden in einer Weise, die E-Mail-Diensten sehr ähnlich ist. Sie stellen aber keinerlei technische Übermittlungsleistungen zur Verfügung. Sie verfügen weder über Telekommunikationsleitungen oder -netze noch über dazugehörige IT-Anlagen. Die Nachrichtenübermittlung erfolgt über das Internet und bleibt somit Aufgabe der jeweiligen Internet-Service-Provider. Deswegen gehen die Anbieter solcher Dienste davon aus, selbst keine Telekommunikationsanbieter zu sein. Wären sie Telekommunikationsanbieter, würde dies bedeuten, dass Messenger- und E-Mail-Dienste denselben Schutzanforderungen unterworfen werden wie Telefondienste und Internet-Zugangsprouder. Der logisch nächste Schritt wäre eine Verpflichtung der Diensteanbieter, den Sicherheitsbehörden und Geheimdiensten eine „Hintertür“ zu öffnen und Abhörmaßnahmen zu ermöglichen. Dies ist bislang nicht der Fall. Die Kommunikation über diese Dienste wird auch oft verschlüsselt, und eine Überwachung kann derzeit allenfalls über die Quellen-TKÜ erfolgen.

Nach Meinung der Europäischen Kommission gilt für diese Dienste die EPR nicht. Insbesondere unterliegen die Betreiber von OTT-Diensten weder den spezifischen Verpflichtungen zur Betriebs- und Netzsicherheit gem. Art. 4 EPR noch den Verpflichtungen zur Vertraulichkeit der Kommunikation gem. Art. 5 EPR.

Die Kommission erwägt, im Zuge der EPR-Reform die OTT-Dienste in den Geltungsbereich der EPR einzubeziehen. Die Folge wäre, dass für diese Dienste dieselben Verpflichtungen zur Sicherheit und Vertraulichkeit der Kommunikation gelten wie für Telefondienste und Internet-Zugangsprouder.

In Deutschland gibt es Unklarheiten, ob und unter welchen Voraussetzungen OTT-Dienste als Telekommunikationsdienste anzusehen sind und den Verpflichtungen nach dem Telekommunikationsgesetz (TKG) unterliegen. Auf die unklaren rechtlichen Rahmenbedingungen hat der DAV bereits im Dezember 2013 hingewiesen (Stellungnahme des DAV 55/2013). Für den Google-E-Mail-Dienst „Gmail“ hat das VG Köln die Anwendbarkeit des TKG mit Urteil vom 11.11.2015 in erster Instanz bejaht (Az. 21 K 450/15). Andere gerichtliche Verfahren zu der Geltung des TKG für OTT-Dienste sind nicht bekannt. In der Literatur ist die Frage umstritten (vgl. z.B. Schuster, CR 2016, 173 einerseits und Kühling/Schall, CR 216, 185 andererseits, jeweils zum Urteil des VG Köln v. 11.11.2015).

Es gibt gute Gründe, die für eine Gleichbehandlung von OTT-Diensten sprechen:

- Aus Sicht der Deutschen Telekom AG und anderer europäischen Telekommunikationsunternehmen sind OTT-Dienste eine mächtige Konkurrenz. So sind beispielsweise SMS-Dienste zu einem Auslaufmodell geworden, seitdem sich die Nutzung von Messengerdiensten immer mehr ausbreitet. In einer solchen Situation ist es aus Sicht der europäischen Telefonieanbieter und Internet-Zugangsprouder unbefriedigend, wenn die konkurrierenden Dienste nicht denselben regulatorischen Anforderungen unterworfen werden, die für die eigenen Dienste gelten.
- Die Nutzer der OTT-Dienste haben ein Interesse an einer betriebssicheren, vertraulichen Kommunikation. Dies kann durch eine Erstreckung der EPR auf OTT-Dienste gefördert werden. Darüber hinaus unterliegen die Dienste dadurch dem Fernmeldegeheimnis des § 88 TKG und sind prinzipiell rechtlich stärker geschützt als Dienste, die keine Telekommunikationsdienste darstellen.
- Aus Nutzersicht bieten OTT-Dienste und herkömmliche Telekommunikationsdienste die gleichen Leistungen und sind funktional austauschbar. Gründe für eine Ungleichbehandlung sind aus dieser Perspektive nicht erkennbar.

Es gibt allerdings auch Gründe gegen eine Gleichbehandlung:

- Der Markt der OTT-Dienste wird von großen amerikanischen Internetunternehmen (Google, Facebook, Microsoft u.a.) dominiert. Diese Unternehmen investieren schon jetzt viel Geld in die Sicherheit ihrer Infrastruktur und in Verschlüsselungstechnologie und andere Maßnahmen, die eine Vertraulichkeit des Austauschs sicherstellen. Eine Erstreckung der EPR auf Dienste, die von großen US-Unternehmen betrieben werden, wäre für diese Unternehmen mit vergleichsweise überschaubarem Aufwand verbunden.
- Für europäische Unternehmen, die innovative OTT-Dienste entwickeln, wäre eine Erstreckung der EPR auf diese Dienste eine beträchtliche Einstiegshürde. Eine Ausweitung der EPR könnte somit den erheblichen Wettbewerbsvorsprung der amerikanischen Konkurrenz zementieren.
- Telekommunikationsunternehmen sind zu weitreichenden technischen Vorkehrungen verpflichtet, um Sicherheitsbehörden und Geheimdiensten das Abhören von Nachrichten zu ermöglichen. Entsprechende Regelungen finden sich in § 110 TKG. Aus Sicht des Bürgers bedeutet dies, dass er derzeit noch davon ausgehen kann, dass Messengerdienste oder auch VoIP-Dienste wie Skype weitgehend „abhörsicher“ sind. Eine Erstreckung der EPR auf diese Dienste würde jedoch sofort die Forderung aufwerfen, diese Dienste den Verpflichtungen des § 110 TKG zu unterwerfen. Eine entsprechende Ausweitung der behördlichen Abhörbefugnisse wäre die absehbare, wenn nicht gar sichere Folge einer Ausweitung der EPR auf OTT-Dienste. Möglicherweise ergibt sich daraus sogar die Pflicht, den Behörden einen unverschlüsselten Zugang zum verschlüsselten Nachrichtenaustausch zu ermöglichen.

Der DAV verlangt, dass die Diskussion um eine Ausweitung der EPR auf OTT-Dienste nicht isoliert unter dem Aspekt des „fairen Wettbewerbs“ geführt wird. Vielmehr muss bei einer solchen Ausweitung bedacht werden, dass sie in absehbarer Konsequenz möglicherweise zu einer beträchtlichen Ausweitung des staatlichen Zugriffs auf vertrauliche Kommunikation führt.

Insoweit ist nämlich Folgendes zu berücksichtigen:

Quellen-TKÜ bedeutet, dass noch vor ihrer Verschlüsselung oder nach ihrer Entschlüsselung Zugriff auf die Kommunikation genommen wird – dadurch, dass auf dem Computer des Betroffenen eine Software **heimlich** installiert wird. Dies aber ist ein weitaus schwerwiegenderer Eingriff als die herkömmliche leitungsbezogene Telekommunikationsüberwachung. Denn mit **verdeckter** Software kann das System insgesamt ausgespäht, also auch Zugriff auf solche Daten genommen werden, die vor oder nach der laufenden Telekommunikation anfallen. Das aber wäre keine Telekommunikationsüberwachung, sondern eine Online-Durchsuchung, die (nur) im präventiven Bereich und nur mit den vom Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 120, 274 ff.) geforderten Maßnahmen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung zulässig ist. Wie von der *Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens* empfohlen, fordert der DAV daher, dass für die Quellen-TKÜ zum Zwecke des Grundrechtsschutzes des Betroffenen neben §§ 100a, b StPO eine Rechtsgrundlage geschaffen wird, die insbesondere klarstellt, dass eine Quellen-TKÜ nur vorgenommen werden darf, wenn durch technische Maßnahmen sichergestellt ist, dass ausschließlich die laufende Telekommunikation überwacht und aufgezeichnet wird und zudem regelt, dass die Quellen-TKÜ nur zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus eingesetzt werden darf. Soweit es um den präventiven Bereich geht, hat die Quellen-TKÜ den Anforderungen zu genügen, die das Bundesverfassungsgericht mit Urteil vom 20. April 2016 (1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 = BKAG) aufgestellt hat, mithin (nur) zur Abwehr des internationalen Terrorismus und auch nur dann, wenn die Eingriffsgrundlagen im Einzelnen verhältnismäßig begrenzt sind. Einzelheiten hierzu wird der DAV durch den Strafrechtsausschuss und den Ausschuss Gefahrenabwehrrecht in einer gesonderten Stellungnahme darlegen.