

VG 27 A 321.08

Ausfertigung



JUCONOMY <small>og</small>	
EINGANG	
19. Jan. 2009	
Kopie	z.d.A.
z.K.	WV
m. Anl.	Medium

VERWALTUNGSGERICHT BERLIN

BESCHLUSS

In der Verwaltungsstreitsache



Antragstellerinnen,

Verfahrensbevollmächtigte:
Rechtsanwälte JUCONOMY,
Graf-Recke-Straße 82, 40239 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 und Eisenbahnen,
Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

Antragsgegnerin,

hat die 27. Kammer des Verwaltungsgerichts Berlin
durch

den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Neumann,
den Richter am Verwaltungsgericht Schulte und
die Richterin am Verwaltungsgericht Mueller-Thuns

am 16. Januar 2009 beschlossen:

Der Antragsgegnerin wird im Wege einstweiliger Anordnung untersagt, vor einer Entscheidung der Kammer im Hauptsacheverfahren erster Instanz (VG 27 A 322.08) gegen die Antragsteller Maßnahmen wegen des Unterlassens der Vorhaltung von Anlagen zur Vorratsdatenspeicherung einzuleiten.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Wert des Verfahrensgegenstandes wird auf 500.000,00 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

Die Antragstellerin zu 1. bietet bundesweit mit eigenem Breitbandnetz fast flächendeckend Unternehmen und Geschäftskunden Breitbandkommunikation an. Für Unternehmen werden komplette Standortvernetzungen, Sprach- und Datendienste auf Basis des Next Generation Netzwerkes (NGN) und Standleitungen angeboten. Darüber hinaus werden nationalen und internationalen Carriern ISP sowie Vertriebspartnern im Privatkundenmarkt entbündelte DSL-Vorleistungsprodukte angeboten. Die Antragstellerin zu 1. beschäftigt derzeit 800 Mitarbeiter und erzielte 2007 einen Umsatz von 335,2 Mio Euro.

Die Antragstellerin zu 2. ist die Privatkudentochter der Antragstellerin zu 1. Sie bietet Internetzugangsdienste in Verbindung mit Voice-over-IP-Telefonanschlüssen (nachfolgend: VoIP) an und hat etwa 9000 Kunden. Sie betreibt kein eigenes Netz, sondern nutzt vertraglich Ressourcen der Antragstellerin zu 1.

Die Antragstellerin zu 3. ist Anbieterin sowohl von klassischer Telefonie als auch von VoIP basierten Dienstleistungen. Dabei nutzt sie grundsätzlich das NGN, wobei sie über eigene VoIP-Switche verfügt.

Die Antragstellerinnen haben am 10. Dezember 2008 Klage erhoben (VG 27 A 322.08), mit der sie begehren, festzustellen, dass sie nicht verpflichtet seien, die in §§ 113a, 113b TKG enthaltene Verpflichtung zur Vorhaltung von Anlagen zur Vorratsdatenspeicherung umzusetzen. Zugleich haben sie den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gestellt, mit der sie in erster Linie vorläufig verhindern wollen, dass gegen sie Maßnahmen wegen des Unterlassens der Vorhaltung von Anlagen zur Vorratsdatenspeicherung eingeleitet werden. Zur Begründung führen die Antragstellerinnen aus: Aufgrund der Verlautbarungen der Bundesnetzagentur sei davon auszugehen, dass die Bundesnetzagentur der Auffassung sei, dass § 150 Abs. 12 b TKG alle VoIP-Angebote erfasse. Daraus ergebe sich, dass alle von den Antragstellerinnen angebotenen Dienstleistungen nach Auffassung der Bundesnetzagentur der Vorratsdatenspeicherung unterfielen. Während die Tochterunternehmen der Antragstellerin zu 1., die allein klassische Telefonie anböten, bereits die Pflichten zur Vorratsdatenspeicherung auf der Basis der Abrechnungsdatenbank erfüllten, seien die Antragstellerinnen weder in der Lage noch bereit, die ihnen nach Auffassung der Bundesnetzagentur ab dem 1. Januar 2009 bestehende Pflicht zur Vorratsdatenspeicherung zu erfüllen. Damit bestünde die Gefahr, dass gegen die Antragstellerinnen Bußgeldverfahren eingeleitet würden. Für die Antragstellerinnen sei gegenwärtig jedoch bereits nicht hinreichend erkenn-

bar, welche Pflichten sie konkret treffen und wie sie diese umzusetzen hätten. Das Gesetz treffe keine technischen Regelungen über das „Wie“ der Speicherung und der Auskunftserteilung. Anders als bei der klassischen Telefonie, wo auf die alle relevanten Daten enthaltene Abrechnungsdatenbank zurückgegriffen werden könne, sei in ihrem Dienstleistungsbereich unklar, ob neben der Abrechnungsdatenbank noch eine eigenständige weitere Datenbank erforderlich sei. Weiter sei unklar, welche Anforderungen an das System zu stellen seien, das die gespeicherten Daten verwalte. Die gesetzliche Pflicht zur unverzüglichen Auskunftserteilung erfordere eine organisierte Datenstruktur. Hinsichtlich derer sei aber nicht geregelt, ob die Auswertbarkeit nur von der Rufnummer oder einer anderen eindeutigen Anschlusskennung erfolgen solle oder ausgehend von allen Merkmalen möglich sein müsse und ob, gegebenenfalls in welcher Form, Wildecard- bzw. Joker-Abfragen erfolgen könnten. Schließlich sei bisher auch kein technischer Standard hinsichtlich der Schnittstellen zur Auskunftserteilung aus diesen Datenbanken zu den Sicherheitsbehörden festgelegt worden. Die Bundesnetzagentur warte eine technische Standardisierung auf internationaler Ebene – namentlich des European Telecommunications Standards Institute (ETSI) – und deren erforderliche Notifizierung ab. Für die Antragstellerinnen bestehe daher die Gefahr, dass sich die Beschaffung der Technik zur Vorratsdatenspeicherung später als unzureichend herausstellen könnte und weitere Implementierungskosten wegen nachfolgender Einführung oder späterer Änderung von technischen Standards erforderlich würden. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass wegen der fehlenden technischen Standards bisher nur kostenintensive und auf das Einzelunternehmen bezogene „Insellösungen“ zur Vorratsdatenspeicherung zur Verfügung stünden. Die Investitionskosten zur Einrichtung der Speichersysteme für VoIP, e-mail und Internetzugang, die die Antragstellerin zu 1. zugleich für die anderen Antragstellerinnen vornehmen würde, betrage 1,68 Mio. Euro, die zur Bereithaltung dieser Systeme erforderlichen Kosten seien mit jährlich 325.000,00 Euro zu beziffern. Die Einrichtung und Bereithaltung solcher Speichersysteme durch die Antragstellerinnen sei auch für Belange der Strafverfolgung nicht dringlich, denn auf die Antragstellerinnen entfielen bisher nur eine geringe Anzahl von Anfragen der Strafverfolgungsbehörden; von diesen Anfragen hätten bisher die auf Rufnummern bezogenen vollständig und die Auskunftersuchen bezüglich dynamischer IP-Adressen immerhin zu 80 % beantwortet werden können. Zudem ergebe sich bereits aus einer vom Bundesministerium der Justiz erhobenen Studie, dass ein Unterlassen der Vorratsdatenspeicherung für die Effizienz der Strafermittlungstätigkeit keine relevanten Folgen hätte. Die gesetzliche Verpflichtung, die Systeme zur Vorratsdatenspeicherung auf eigene Kosten anzuschaffen und bereitzuhalten, sei demzufolge unverhältnismäßig. Sie verstoße zudem gegen die Grundrechte der Antragstellerinnen aus Art. 12, 14 und 3 Abs. 1 GG; die Belastung der Telekommunikationsunternehmen mit den vollständigen Kosten der Vorratsdatenspeicherung – die es im Nachbarland Österreich beispielsweise nicht gebe – stelle eine

verfassungswidrige Sonderabgabe dar, woran es auch nichts ändere, dass die Unternehmen diese Kosten auf ihre Kunden abwälzen könnten. Wegen der Verfassungswidrigkeit der Regelung bestehe kein öffentliches Interesse am Vollzug der gesetzlichen Pflicht zur Vorratsdatenspeicherung. Ein solches öffentliches Interesse ergebe sich auch nicht aus der Pflicht zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG, denn zum einen sei vom EuGH über die Klage Irlands bezüglich dieser Richtlinie noch nicht entschieden, zum anderen befänden sich nach einer rechtsvergleichenden Analyse aktuell 18 der 27 Mitgliedstaaten der Europäischen Union in Verzug mit der Umsetzung der Richtlinie.

Die Antragstellerinnen beantragen,

1. der Antragsgegnerin im Wege einstweiliger Anordnung zu untersagen, vor einer rechtskräftigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren (VG 27 A 322.08) gegen die Antragstellerinnen Maßnahmen wegen des Unterlassens der Vorhaltung von Anlagen zur Vorratsdatenspeicherung einzuleiten,
2. hilfsweise, im Wege einstweiliger Anordnung vorläufig bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren (VG 27 A 322.08) festzustellen, dass die Antragstellerinnen nicht verpflichtet sind, die in § 113a TKG enthaltene Verpflichtung zur Vorhaltung von Anlagen zur Vorratsdatenspeicherung umzusetzen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Sie trägt vor: Das Verwaltungsgericht Berlin sei örtlich unzuständig. Die Antragstellerinnen hätten sich vor Antragstellung unmittelbar an die Bundesnetzagentur gewandt, um eine Zusage zu erhalten, dass gegen sie wegen der Nichtbefolgung der Vorhaltepflcht Sanktionen eingeleitet werden. Die Bundesnetzagentur als gesetzlich zur Durchsetzung des Vollzugs der Vorratsdatenspeicherung berufene Behörde habe den Antragstellerinnen darauf mitgeteilt, dass die Frage der Einleitung von Maßnahmen gegen Verstöße gegen die Vorhaltepflcht nicht in das Belieben der Bundesnetzagentur gestellt sei, sondern diese sich nach den gesetzlichen Vorgaben zu richten habe. Damit sei die Bundesnetzagentur bereits im Verwaltungsverfahren im Rahmen ihrer gesetzlichen Zuständigkeit für den Vollzug von Bundesrecht tätig geworden. Die Anträge der Antragstellerinnen richteten sich daher bereits gegen ein konkretes Verwaltungshandeln der Bundesnetzagentur, so dass die Zuständigkeit des VG Köln eröffnet sei.

Darüber hinaus seien die Anträge jedenfalls unbegründet. Es überwiege das staatliche Interesse am Vollzug der gesetzlichen Verpflichtung der Antragstellerinnen zur Vorratsdatenspeicherung ab dem 1. Januar 2009. Den Antragstellerinnen sei es durchaus möglich, ihren gesetzlichen Verpflichtungen nachzukommen. Der Gesetzgeber habe es den Unternehmen

bewusst freigestellt, sich hinsichtlich der Speicherpflicht so zu organisieren, wie es den Gegebenheiten des jeweiligen Unternehmens am besten entspreche, sofern nur die unverzügliche Auskunftserteilung sichergestellt sei. Den Antragstellerinnen sei bekannt, dass sie ihre individuelle Lösung in Rücksprache mit der Bundesnetzagentur finden könnten. Es sei daher nicht hinderlich, dass die ETSI-Standardisierung noch nicht abgeschlossen sei. Das Fehlen einer Entschädigungsregelung in den Regelungen über die Vorratsdatenspeicherung mache letzteren auch nicht verfassungswidrig. Das Bundesverfassungsgericht habe in seinem letzten Beschluss zur Vorratsdatenspeicherung vom 28. Oktober 2008 ausdrücklich festgestellt, dass die Kosten es nicht geböten, die Speicherungspflicht generell auszusetzen. Die Abgabe einer Erklärung, dass den Antragstellerinnen für die zur Vorratsdatenspeicherung getätigten Aufwendungen Ersatz geleistet würde, falls die Regelung über die Verpflichtung der Telekommunikationsunternehmen zur Vorratsdatenspeicherung auf eigene Kosten für verfassungswidrig erklärt würde, könne nicht abgegeben werden, da eine solche Erklärung in das parlamentarische Etatrecht eingreifen würde.

II.

Der Antrag auf Erlass einer Regelungsanordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO ist zulässig. Insbesondere ist das Verwaltungsgericht Berlin nach § 52 Nr. 5 VwGO i.V.m. § 123 Abs. 2 Satz 1 VwGO als örtlich zuständiges Gericht der Hauptsache örtlich zuständig. Da die Antragstellerinnen in der Hauptsache eine Feststellungsklage erhoben haben, ergibt sich die örtliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts aus § 52 Nr. 5 VwGO. Danach ist das Verwaltungsgericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk der Beklagte seinen Sitz hat. Beklagt ist die Bundesrepublik Deutschland, die vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie mit Sitz in Berlin wegen der Ressortzuständigkeit für das Telekommunikationsgesetz vertreten wird. Soweit das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie sich in Einzelfällen – wie hier – von der Bundesnetzagentur mit Sitz in Bonn vertreten lässt, begründet dies keinen eigenen Sitz des Beklagten in Bonn. Eine gewillkürte Änderung der Vertretung der Beklagten im Verwaltungsstreitverfahren kann ersichtlich nicht den Sitz des Beklagten beeinflussen. Das ergibt sich bereits daraus, dass die Beklagte es sonst in der Hand hätte, durch Begründung neuer Vertretungsverhältnisse die örtliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zu bestimmen. Soweit die Antragsgegnerin vorträgt, bei der Bundesnetzagentur sei ein Verwaltungsverfahren mit dem Ziel, eine Zusicherung zu erhalten, eingeleitet worden, das nun im gerichtlichen Verfahren erstritten werden solle, kann dies eine örtliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts Köln ebenfalls nicht begründen. Denn die Antragstellerinnen begehren im hiesigen Verfahren keine Zusicherung von der Bundesnetzagentur, sondern eine vorläufige Unterlassung von Maßnahmen wegen der Nichtvorhaltung von Anlagen zur Vorratsda-

tenspeicherung bis zur Entscheidung über die Feststellungsklage in der Hauptsache von der beklagten Bundesrepublik Deutschland. Eine Klage oder ein vorläufiger Rechtsschutzantrag gegen die Bundesnetzagentur ist nicht erhoben worden.

Dem Erlass der begehrten Regelungsanordnung steht auch nicht entgegen, dass es sich um vorbeugenden Rechtsschutz handelt. Die für die Antragstellerinnen bestehende gesetzliche Verpflichtung, Einrichtungen zur Vorratsdatenspeicherung auf eigene Kosten vorzuhalten und zu betreiben (§ 113a Abs. 1, 3 TKG) kann von der Bundesnetzagentur durch entsprechende Anordnung sichergestellt und auch im Wege des Verwaltungszwangs durchgesetzt werden (§ 115 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 TKG); gegen den vollziehbaren (§ 137 Abs. 1 TKG) Verwaltungsakt können die Antragstellerinnen dann auch vorläufigen gerichtlichen Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO erhalten, in dessen Rahmen die Verfassungsmäßigkeit der ihr auferlegten Pflicht vom Gericht zu prüfen ist. Nur ausnahmsweise genügt daher die Möglichkeit, vorläufigen Rechtsschutz durch die Suspendierung eines die normative Verpflichtung umsetzenden Verwaltungsakts zu erlangen, zur Wahrung der Effektivität des Rechtsschutzes nicht; eine solche Ausnahme liegt dann vor, wenn bereits die Verletzung der normativen Pflicht, unabhängig vom Ergehen eines sie umsetzenden Verwaltungsakts, staatliche Sanktionen ermöglicht. Solche Sanktionen sind ab 1. Januar 2009 (§ 150 Abs. 12b Satz 1 TKG) in § 149 Abs. 1 Nr. 36, 37 TKG vorgesehen, wonach der hier vorliegende vorsätzliche – den Antragstellerinnen ist ihre Verpflichtung bekannt, sie wollen sie jedoch nicht umsetzen – Verstoß gegen die Pflichten aus § 113a Abs. 1, 3 TKG eine Ordnungswidrigkeit darstellt, die mit einer Geldbuße bis zu 500.000,00 Euro (§ 149 Abs. 2 Satz 1 TKG) geahndet werden kann. Im Hinblick auf diese seit 1. Januar 2009 geltende Bußgeldregelung gebietet Art. 19 Abs. 4 GG, dass über das Begehren der Antragstellerinnen, vorläufig von der Verpflichtung zur Einrichtung und Bereithaltung technischer Vorrichtungen zur Ermöglichung der Vorratsdatenspeicherung entbunden zu werden, schnellstmöglich zu entscheiden ist, da es den Antragstellerinnen nicht zuzumuten ist, ihr Recht unter dem „Damoklesschwert“ der Ahndung einer Ordnungswidrigkeit erst durch Rechtsbehelf gegen einen von ihnen in Abrede gestellte Verpflichtung umzusetzenden Verwaltungsakt zu suchen.

Wie bereits im Verfahren VG 27 A 232.08 mit Beschluss vom 17. Oktober 2008 geschehen, weist die Kammer zur Vermeidung von Missverständnissen auch hier darauf hin, dass weder die Wirksamkeit der europarechtlich (Richtlinie 2006/24/EG) vorgegebenen Vorratsdatenspeicherungspflicht noch die Verfassungsmäßigkeit der Umsetzung dieser Richtlinie in § 113a TKG in nationales Recht für die vorliegende Entscheidung von Bedeutung ist. Der „wesentliche Nachteil“ im Sinne des § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO, den die Antragstellerinnen mit dem vorliegenden Rechtsschutzantrag abwenden wollen und können, liegt darin, dass sie

gesetzlich nach § 113a Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 TKG verpflichtet sind, die Technik zur Vorratsdatenspeicherung - zwischen den Beteiligten unstreitig - auf eigene Kosten zu beschaffen und zu betreiben, bevor über die Verfassungsmäßigkeit dieser Kostentragungspflicht entschieden worden ist und zu befürchten ist, dass ihr diese bereits aufgewendeten Beschaffungs- und Betriebskosten nicht angemessen ersetzt werden, wenn sich die Kostentragungspflicht im Hauptsacheverfahren – möglicherweise nach Aussetzung und Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 GG – als verfassungswidrig und nichtig herausstellen sollte. Der von den Antragstellerinnen geltend gemachte Anordnungsgrund liegt vor, denn ihnen stünden Schadenersatzansprüche – etwa aus § 839 BGB, Art. 34 GG – in einem solchen Falle ersichtlich nicht zu, weil die Erfüllung einer – wegen Verfassungswidrigkeit in Wirklichkeit nicht bestehenden – gesetzlichen Verpflichtung keine Staatshaftung begründet. Dies wird auch von der Antragsgegnerin nicht in Abrede gestellt. Das bisher nur im Entwurf vorliegende TK-Entschädigungsgesetz sieht auch nur einen Ersatz von Aufwendungen für konkrete Anfragen, nicht aber den Ersatz von zuvor bereits erbrachten Implementierungs- und Betriebskosten vor.

Die Kammer hat bereits in einem vorangegangenen vergleichbaren Verfahren ihre Rechtsauffassung, dass die sich aus § 110 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG für die Betreiber von Telekommunikationsanlagen ergebende Pflicht, „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“ gegen das Grundrecht des Betreibers aus Art. 12 Abs. 1 GG verstößt, dargelegt und dem Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 GG zur Entscheidung vorgelegt (Beschluss vom 2. Juli 2008, VG 27 A 3.07). In der Begründung dieses Vorlagebeschlusses ist ausgeführt:

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

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.

(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 vorlegende 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 mündlichen 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 180.000 Euro, wenn nicht ein Vielfaches davon, als Entwicklungskosten für Software auf sie zu; hinzu kämen Personalkosten in Höhe von 450.000 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 Durchführung 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 Verantwortungsnähe ergeben (so etwa für die Abführung von Kirchlohnsteuer 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 Verantwortungsnähe 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 ausgehen, 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 Tele-

kommunikationsanbieters 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 sicherheitsrechtlich 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 Geldwäschege-
schäften 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.

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

Jedoch handelt es sich insoweit lediglich um einen Kontrollüberlegung; tragender Grund der Entscheidung war das mit der unternehmerischen Tätigkeit verknüpfte Gut der Versorgungssicherheit (vgl. hierzu oben). Die Überlegung stellt kein alleiniges Zurechnungskriterium im Sinne der unter (a) bis (c) benannten

dar, sondern gibt lediglich Aufschluss darüber, dass umgekehrt die Indienstrahme wegen eines die Kostenüberwälzung verhindernden Hinweises unzumutbar werden könnte (v. Hammerstein, a.a.O., S. 226; weitergehend zur Wettbewerbsverzerrung Kilching, a.a.O., S. 25). ...“

Hieran hält die Kammer auch im vorliegenden Fall fest. Dabei kann dahinstehen, ob sich die Pflicht, Einrichtungen zur Vorratsdatenspeicherung auf eigene Kosten vorzuhalten und zu betreiben, unmittelbar aus § 113a TKG ergibt, der keine ausdrückliche Kostentragungsregelung trifft, oder dem § 110 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG zu entnehmen ist, der ausdrücklich eine Kostentragungspflicht der Telekommunikationsunternehmen nennt. Denn mangels anderer gesetzlicher Kostenübernahmeregeln hat der Betreiber – was zwischen den Beteiligten unstreitig ist und auch der Bundesgesetzgeber ausweislich seiner Gesetzesbegründung unterstellt (BT-Dr. 16/5846, S. 5) – die Kosten für Anschaffung und Vorhaltung der Einrichtungen zur Vorratsdatenspeicherung selbst zu tragen.

Nach dem schlüssigen und unwidersprochenen Vortrag der Antragstellerinnen sind vorliegend die genannten Implementierungskosten für die Technik zur Vorratsdatenspeicherung nicht so unbedeutend, dass eine Bindung erheblicher Betriebsmittel im Sinne von BVerfGE 22, 380 von vornherein ausscheidet. Dass diese Kosten für die Vorratsdatenspeicherung – nach Erwartung des Bundesgesetzgebers (vgl. zur Regierungsvorlage BT-Dr. 16/5846, S. 5) – von den betroffenen Telekommunikationsunternehmen bei ihrer Preisgestaltung einkalkuliert und an die Kunden weitergegeben werden, was zu einer „geringfügigen“ Steigerung des Verbraucherpreisniveaus im Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen führen könne, ersetzt nicht das für die Auferlegung genuin staatlicher Pflichten auf Private notwendige Zurechnungskriterium und ist daher zur Begründung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Kostenregelung in Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG untauglich.

Angesichts der bestehenden Zweifel des Gerichts an der Verfassungsmäßigkeit der Kostentragungspflicht des § 113a Abs. 1 TKG bzw. 110 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG und der dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung vorliegenden (der Vorlagebeschluss der Kammer wird unter BVerfG 1 BvL 7/08 geführt) Regelung des § 110 Abs. 1 Satz 1 TKG ist aufgrund einer Folgenabwägung zu entscheiden, bei der die den Antragstellerinnen entstehenden Nachteile, wenn sie die Technik zur Vorratsdatenspeicherung auf ihre Kosten einrichten und bereithalten müssen, mit den Nachteilen abzuwägen sind, die im Hinblick auf den Zweck der Speicherung entstehen, wenn die Antragstellerinnen diese Technik nicht einrichten.

Maßgeblich in den Abwägungsvorgang einzustellen ist daher zunächst, dass die Antragstellerinnen – wie bereits ausgeführt – auch dann keinen Ersatzanspruch hinsichtlich der für die Vorratsdatenspeicherung bereits erbrachten Implementierungs- und Betriebskosten hätten, wenn - entsprechend der Rechtsauffassung der Kammer – die Kostenregelung des § 113a Abs. 1 TKG ggf. nach Aussetzung des Hauptsacheverfahrens und Vorlage an das Bundesverfassungsgericht von diesem für nichtig erklärt würde. Ihnen würde damit ein irreparabler Vermögensschaden entstehen, der es allein gerechtfertigt erscheinen läßt, die Antragstellerinnen vorläufig von der Verpflichtung zur Anschaffung und zum Betrieb der Technik zur Vorratsdatenspeicherung freizustellen. Bereits deshalb kommt es für die Interessenabwägung nicht darauf an, ob es sich bei den von den Antragstellerinnen geltend gemachten Anschaffungs- und Betriebskosten bezogen auf die Größe ihrer Unternehmen um einen erheblichen Kostenaufwand handelt oder nicht.

Hinzu kommt, dass es zur Implementierung der Technik zur Vorratsdatenspeicherung bislang keine technischen Vorgaben oder Richtlinien gibt, wie sie beispielsweise zur Umsetzung der Überwachungstechnik in der sogenannten TR TKÜ 4.0 existieren. Insoweit ist der Einwand der Antragstellerinnen, es bestehe die Gefahr, die bislang in Aussicht genommene Technik zur Einrichtung der Vorratsdatenspeicherung werde nicht künftigen technischen Anforderungen entsprechen, was neue Investitionen zur Folge habe, nicht von der Hand zu weisen. Der Vortrag der Antragsgegnerin, die Antragstellerinnen könnten in Rücksprache mit der Bundesnetzagentur eine individuelle technische Lösung finden, kann dabei die sich aus dem Gesetz ergebende Pflicht nicht hinreichend und verbindlich konkretisieren. Dies bereits deshalb nicht, da noch gar nicht feststeht, welche technischen Anforderungen gestellt werden. Gleiches gilt hinsichtlich der von den Antragstellerinnen geltend gemachten fehlenden Standardisierung der Schnittstellen zu den Datenbanken der Sicherheitsbehörden.

Demgegenüber hätte eine gerichtliche vorläufige Unterlassungsentscheidung zur Folge, dass jedenfalls für den Kundenkreis der Antragstellerinnen die Vorratsdatenspeicherung vorläufig nicht erfolgt, obwohl die in § 113a TKG enthaltene gesetzliche Verpflichtung zwingendes Gemeinschaftsrecht – nämlich die Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates – umsetzt. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluß zur Vorratsdatenspeicherung (vom 11. März 2008, 1 BvR 256/08, - juris -) ausgeführt, dass die Aussetzung des Vollzugs einer europäischen Gemeinschaftsrecht umsetzenden gesetzlichen Vorschrift nur in ganz besonderen Ausnahmefällen möglich ist (Rn. 144 – juris -) und der Vollzug der von der Richtlinie geforderten Datenspeicherung allein keine besonders schweren und irreparablen Nachteile, die einen solchen Ausnahmefall begründen könnten, mit sich bringt (Rn. 147, 148 – juris -).

Der von der Antragsgegnerin hervorgehobene Gedanke, dass durch eine vorläufige Aussetzung der den Antragstellerinnen durch § 113a TKG begründeten Pflichten das Gemeinschaftsinteresse an einem effektiven Vollzug des Gemeinschaftsrechts schwerwiegend beeinträchtigt sein könnte, ist für die Folgenabwägung jedoch nicht durchschlagend. Vielmehr ist zwischen der – gemeinschaftsrechtlich begründeten – Pflicht zur Vorratsdatenspeicherung bei den Telekommunikationsunternehmen und der Frage, wer die hierdurch entstehenden Kosten zu tragen hat, zu differenzieren. Denn die Richtlinie 2006/24/EG schreibt den Mitgliedstaaten nicht vor, wer die Kosten für die Anschaffung und den Betrieb der für die Vorratsdatenspeicherung erforderlichen Technik zu tragen hat. Vielmehr sind die Regelungen der §§ 110 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 113a Abs. 1 TKG, dass sämtliche – auch die durch das Gesetz vom 21. Dezember 2007 erforderlich gewordene – Telekommunikationsüberwachungs- und Speichertechnik einseitig durch die Telekommunikationsunternehmen zu tragen ist, eine Entscheidung allein des deutschen Gesetzgebers; die zuvor gegen die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung erhobenen Zweifel messen sich daher allein am deutschen Verfassungsrecht und sind unabhängig von den Vorgaben europäischen Rechts.

Damit hat es die Antragsgegnerin allein in der Hand, die Vorgaben der Richtlinie zur umfassenden Vorratsdatenspeicherung auch dann umzusetzen, wenn sich die nationale Kostentragungsregelung in § 110 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG bzw. § 113a Abs. 1 TKG als verfassungswidrig herausstellen sollte. Dieser Gedanke ist auch für die hier zu treffende Folgenabwägung entscheidend: Die Antragsgegnerin ist durch keine normative Regelung gehindert, für den Fall, dass das Bundesverfassungsgericht die Regelung des § 110 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG bzw. des § 113a Abs. 1 TKG für nichtig erklären und die Verpflichtung von Telekommunikationsunternehmen zur Vorhaltung und Bereitstellung von Telekommunikationsüberwachungs- bzw. Speichertechnik von einer vollständigen oder angemessenen staatlichen Finanzierung abhängig machen sollte, den Antragstellerinnen den Ersatz auch der bereits erbrachten Implementierungs- und Betriebskosten in dem dann vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Umfang rechtlich bindend anzubieten. Bei einem solchen Angebot würde der von der Antragstellerinnen geltend gemachte Anordnungsgrund des „irreversiblen Vermögensschadens“ entfallen; einer Verpflichtung zur umgehenden Umsetzung der gesetzlichen Pflichten aus § 113a TKG wäre von Seiten der Antragstellerinnen – auch angesichts des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 11. März 2008 – nichts entgegenzusetzen.

Soweit die Antragsgegnerin dem entgegen hält, sie sei aus haushaltsrechtlichen Gründen gehindert, eine solche rechtlich verbindliche Erklärung abzugeben, da sie als Exekutive in

das Recht des Haushaltsgesetzgebers eingreifen würde, teilt das Gericht diese Auffassung nicht. Die Antragsgegnerin ist nämlich für den Fall, dass das Bundesverfassungsgericht die Kostentragungspflicht der Diensteanbieter nach § 110 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG bzw. § 113a Abs. 1 TKG für verfassungswidrig und nichtig erklären sollte, gemeinschaftsrechtlich in Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG verpflichtet, die Kosten der Diensteanbieter in dem vom Bundesverfassungsgericht dann entschiedenen Umfang zu übernehmen. Mit der hier vom Gericht genannten Möglichkeit der Abgabe einer rechtlich verbindlichen Erklärung gegenüber den Antragstellerinnen für den Fall der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im oben genannten Sinne, gibt sie letztlich nur ihre von Verfassungs wegen bestehende Pflicht zur Kostentragung gegenüber den Antragstellerinnen wieder. Sollte das Bundesverfassungsgericht dagegen die Kostentragung der Diensteanbieter für verfassungsgemäß erachten, geht die Erklärung ins Leere. Die Antragsgegnerin geht keinerlei Verpflichtungen ein. Einen Eingriff in das Haushaltsrecht des Haushaltsgesetzgebers ergibt sich daraus jedenfalls nicht.

Im Ergebnis muss daher die Folgenabwägung zu Gunsten der Antragstellerinnen ausfallen. Denn das Interesse der Antragstellerinnen, von irreversiblen Vermögensschäden bewahrt zu werden, falls sich die Regelung des § 110 Abs. 1 Satz 1 Nr.1 TKG bzw. § 113a Abs. 1 TKG als verfassungswidrig erweisen sollte, ist in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG begründet. Demgegenüber ist der effektive Vollzug der durch europäisches Recht angeordneten Vorratsdatenspeicherung auch dann nicht notwendigerweise beeinträchtigt, wenn das Gericht gegenüber den Antragstellerinnen deren Verpflichtung zur Implementierung und zum Betrieb technischer Einrichtungen zur Vorratsdatenspeicherung vorläufig aussetzt, weil die Antragsgegnerin jederzeit durch Abgabe einer das von den Antragstellerinnen geltend gemachte Vermögensinteresse sichernden Erklärung – die im Abänderungsverfahren, das bei jeder gerichtlichen Entscheidung im Verfahren vorläufigen Rechtsschutzes möglich sein muß (vgl. dazu Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, Rn. 35 zu § 123), zu einer Aufhebung der hier getroffenen Entscheidung führen würde – die Verpflichtung aus § 113a TKG auch gegenüber den Antragstellerinnen erreichen kann.

Der einstweiligen Anordnung steht auch nicht der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 28. Oktober 2008 - 1 BvR 256/08 – entgegen. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass auch die mit der Speicherungspflicht verbundenen Kosten es derzeit nicht geböten, für die unter § 150 Abs. 12b Satz 2 TKG fallenden Diensteanbieter die Speicherungspflicht des § 113a TKG generell auszusetzen, da die Kosten und Belastungen, die die einzelnen Unternehmen treffen, unklar seien; es fehle eine substantiierte Aufschlüsselung, die eine belastbare und repräsentative Einschätzung der finanziellen Folgen erlaubte; da

dem Bundesverfassungsgericht keine verlässlichen Erkenntnisse darüber vorlägen, wie viele Unternehmen es gebe, deren Leistungsfähigkeit der zu tragende Aufwand übersteige, könne auch nicht verlässlich eingeschätzt werden, wie schwer die Nachteile seien, die die Diensteanbieter träfen. Hierum geht es jedoch im vorliegenden Verfahren nicht, da die Antragstellerinnen keine generelle Aussetzung der Speicherungspflicht für die unter § 150 Abs. 12b Satz 2 TKG fallenden Diensteanbieter begehren, sondern lediglich zu verhindern suchen, dass die Antragsgegnerin gegen sie Maßnahmen (Zwangsmittel, Bußgeld) wegen des Unterlassens der Vorhaltung von Anlagen zur Vorratsdatenspeicherung einleitet. Hierfür hat sie substantiiert und im Einzelnen aufgeschlüsselt die für sie anfallenden Kosten der Implementierung der Einrichtungen zur Vorratsdatenspeicherung vorgetragen, die auch von der Antragsgegnerin nicht bestritten wurden. Insoweit liegen dem Gericht verlässliche Erkenntnisse im Sinne des Bundesverfassungsgerichts vor, die es gebieten, wie tenoriert, zu entscheiden.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Antragstellerinnen sind mit dem gerichtlichen Ausspruch nicht teilweise unterlegen; vielmehr beruht die im Tenor angeordnete Dauer der Untersagungsverfügung auf der Überlegung, daß dem Bundesverfassungsgericht von der Kammer die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des § 110 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG bereits vorgelegt worden ist und das Hauptsacheverfahren (VG 27 A 322.08) bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts – gegebenenfalls nach erneuter Vorlage wegen der Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des § 113a Abs. 1 TKG - auszusetzen sein wird, so dass eine Hauptsachenentscheidung in jedem Falle erst nach Klärung der Verfassungsmäßigkeit der bestehenden gesetzlichen Regelung über die Kostentragungspflicht bei der Vorratsdatenspeicherung ergehen wird.

Die Streitwertfestsetzung folgt aus §§ 52 Abs. 2, 53 Abs. 3 Nr. 1 und 2 GKG und beruht auf den Angaben der Antragstellerinnen zur voraussichtlichen Höhe der Implementierungskosten, die die Antragstellerinnen ohne die gerichtliche Anordnung zu erbringen hätte; diese sind im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes mit der Hälfte anzusetzen (Streitwertkatalog 2004 Nr. 1.5).

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Sachentscheidung ist die Beschwerde an das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg zulässig. Die Beschwerde ist bei dem Verwaltungsgericht Berlin, Kirchstraße 7, 10557 Berlin, schriftlich einzulegen. Die Frist für die Einlegung der Beschwerde endet zwei Wochen nach Zustellung dieses Beschlusses. Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses schriftlich zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, bei dem Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Hardenbergstraße 31, 10623 Berlin, einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen.

Gegen die Streitwertfestsetzung ist die Beschwerde an das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200 Euro übersteigt.

Die Beschwerde ist bei dem Verwaltungsgericht Berlin, Kirchstraße 7, 10557 Berlin, schriftlich einzulegen. Sie ist innerhalb von sechs Monaten einzulegen, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat.

Vor dem Oberverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde, und zwar sowohl hinsichtlich der Sachentscheidung als auch der Streitwertfestsetzung. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte und Rechtslehrer an einer Hochschule im Sinn des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Darüber hinaus können auch die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 der Verwaltungsgerichtsordnung bezeichneten Personen und Organisationen auftreten. Ein als Bevollmächtigter zugelassener Beteiligter kann sich selbst vertreten. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt vertreten lassen; das Beschäftigungsverhältnis kann auch zu einer anderen Behörde, juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem der genannten Zusammenschlüsse bestehen. Richter dürfen nicht vor dem Gericht, ehrenamtliche Richter nicht vor einem Spruchkörper auftreten, dem sie angehören.

Neumann

Mueller-Thuns

Schulte



Ausgefertigt

[Handwritten Signature]
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle