

**Stellungnahme
im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des
Deutschen Bundestages**

**zum Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung des Gesetzes zur
Bekämpfung der Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen
(BT-Drucksache 17/776),**

— **zum Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung von Zugangsbeschränkungen
in Kommunikationsnetzen
(BT-Drucksache 17/646) und**

**zum Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung des Gesetzes zur
Erschwerung des Zugangs zu kinderpornographischen Inhalten in
Kommunikationsnetzen und Änderung weiterer Gesetze
(BT-Drucksache 17/772)**

—

I. Regelungsbedarf: Zum Ziel der Aufhebung des Zugangserschwerungsgesetzes ...	2
1. Ausgangslage	2
2. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen das ZugErschwG.....	2
3. Rechtsgüterschutz und „symbolische Gesetzgebung“	3
4. Verfassungswidrigkeit einer partiellen Nichtanwendung des ZugErschwG	5
II. Zum Weg der Aufhebung des ZugErschwG	7
1. Aufhebung des ZugErschwG	7
a) Kern-Hülle-Modell.....	7
b) Schichtmodell.....	8
c) Begrenzung der Geltungsdauer des ZugErschwG in Art. 4 Abs. 3 des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen ...	9
2. Änderungen des Telekommunikationsgesetzes	10
3. Zwischenergebnis: Vorzugswürdigkeit der Änderung des ZugErschwG.....	11
III. Zum möglichen Entgegenstehen des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung der Kinderpornographie.....	12
1. Frustrationsverbot.....	13
2. Richtlinienvorschlag im Rechtssetzungsverfahren	13
3. Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit.....	14
4. Zwischenergebnis: Keine Vorwirkung des bloßen Richtlinienvorschlags	14
IV. Resümee	15

I. Regelungsbedarf: Zum Ziel der Aufhebung des Zugangerschwerungsgesetzes

1. Ausgangslage

Das Gesetz zur Erschwerung des Zugangs zu kinderpornographischen Inhalten in Kommunikationsnetzen (ZugErschwG) ist am 23. Februar 2010 in Kraft getreten. Das ZugErschwG ist in Artikel 1 des Gesetzes zur Bekämpfung der Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen enthalten. Nach dessen Artikel 4 Abs. 1 tritt das Gesetz am Tag nach seiner Verkündung in Kraft. Das Gesetz wurde vom Bundespräsidenten am 17. Februar 2010 ausgefertigt und am 22. Februar 2010 im Bundesgesetzblatt verkündet.¹ Mit Ablauf des 31.12.2012 tritt Artikel 1 des Gesetzes (ZugErschwG) gemäß Artikel 4 Abs. 3 außer Kraft.

2. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen das ZugErschwG

In der (verfassungs-) rechtlichen Fachliteratur sind erhebliche Bedenken gegen die formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit des ZugErschwG geäußert worden,² auf die in diesem Rahmen nur kurz einzugehen ist.

Schon die Zuständigkeit des Bundes ist äußerst fraglich. Gestützt wird diese auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG – das Recht der Wirtschaft. Zwar kann dieser Kompetenztitel weit ausgelegt werden.³ Die Grenze einer weiten Interpretation wird allerdings dort gesehen, wo Bestimmungen ausschließlich die öffentliche Sicherheit und Ordnung schützen sollen.⁴ Selbst wenn sich eine Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG noch begründen ließe, würde es an einer Grundlage für die Übertragung der Befugnisse hinsichtlich der Sperrliste auf das Bundeskriminalamt fehlen.⁵

Im Hinblick auf die materielle Verfassungsmäßigkeit ließen sich Geeignetheit und Erforderlichkeit der Regelung nur bei einem sehr weiten Verständnis der

¹ BGBl. I 2010, S. 78.

² Vgl. *Frey/Rudolph*, CR 2009, S. 644 ff.; *Schnabel*, JZ 2009, S. 996 ff.; *Sieber*, JZ 2009, S. 653 ff.; *Kahl*, SächsVBI 2010, S. 180 ff.; *Marberth-Kubicki*, NJW 2009, S. 1792 ff.

³ *Degenhart*, in: Sachs, GG Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 74, Rn. 44.

⁴ BVerfGE 8, 143, 150; *Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, 58. Lieferrg. 2010, Art. 74, Rn. 151; *Schnabel*, JZ 2009, S. 996 (997).

⁵ *Schnabel*, JZ 2009, S. 996 (997).

Einschätzungsprärogative⁶ des Gesetzgebers annehmen. Dazu müsste darauf abgestellt werden, dass möglicherweise ein Teil von potenziellen Nutzern, die zufällig und unbeabsichtigt auf derartige Angebote stoßen, durch die Sperren abgeschreckt oder daran gehindert würden, auf entsprechende Angebote zuzugreifen. Dagegen sprechen allerdings die leichte Umgehbarkeit der Sperren sowie die mögliche Gefahr, dass Täter einfach sonstige Bereiche oder Teile des Internets nutzen könnten.

3. Rechtsgüterschutz und „symbolische Gesetzgebung“

Während zwar die genaue Quantität kinderpornografischer Darstellungen im Internet nicht zuverlässig angegeben werden kann, deuten doch verfügbare Daten auf eine langfristige Ausbreitung und Ausweitung des Phänomens hin.⁷ Für die Opfer stellt Kinderpornographie sowohl eine eigenständige primäre Viktimisierung durch die tief verletzende Darstellung ihrer Person selbst, als auch eine Verschärfung des Opferwerdens nach einem bereits erfolgten sexuellen Kindesmissbrauch, also zugleich eine sekundäre Viktimisierung, dar. Die Vervielfältigungs- und Verbreitungsmöglichkeiten im Internet können vor diesem Hintergrund zu einer fortgesetzten bzw. andauernden Re-Viktimisierung führen.⁸

Den vorliegenden Entwürfen zu Gesetzesänderungen (BT-Drucksachen 17/776, 17/646, 17/772) ist gemeinsam, dass sie die Notwendigkeit effektiver Maßnahmen gegen Kinderpornographie im Internet anerkennen. Zugleich aber

⁶ Vgl. BVerfGE 102, 197, 218; 115, 276, 309.

⁷ *Wortley/Smallbone*, Child Pornography on the Internet, Washington 2006, S. 12 f; vgl. *Jenkins*, Beyond Tolerance: Child Pornography on the Internet, New York 2001; *Thomas/Loader*, Cybercrime: Law Enforcement, Security and Surveillance in the Information Age, London 2000; *Wolak/Finkelhor/Mitchell*, Child-Pornography Possessors Arrested in Internet-Related Crimes: Findings From the National Juvenile Online Victimization Study, Alexandria 2005. Hinweise auf eine Abnahme kommerzieller Kinderpornographie-Angebote im Internet berichtet allerdings die Studie der European Financial Coalition against Commercial Sexual Exploitation of Children Online, 14 months on: A combined report from the European Financial Commission 2009-2010 - An intelligence assessment on the commercial distribution of child sexual abuse images, 2010, S. 5, 10; ähnlich sind die aktuellen Trendangaben der Internet Watch Foundation: IWF Operational Trends 2009, <http://www.iwf.org.uk/resources/trends>.

⁸ European Financial Coalition against Commercial Sexual Exploitation of Children Online, 14 months on: A combined report from the European Financial Commission 2009-2010 - An intelligence assessment on the commercial distribution of child sexual abuse images, 2010, S. 17.

nehmen sie die Ungeeignetheit des ZugErschwG bei der Verfolgung dieses Ziels an. Dem ist auch aus kriminologischer Sicht nicht zu widersprechen. Für die politische Wertung kann in aller Kürze auf die zutreffenden Ausführungen verwiesen werden, die schon in BT-Drucksache 16/13469 als Entschließungsantrag der Fraktion der FDP enthalten waren und nun in der Begründung des Gesetzesentwurfs BT-Drucksache17/646 (Fraktion DIE LINKE) wiedergegeben werden.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass das ZugErschwG problematische Aspekte zeigt, die mitunter als „symbolische Gesetzgebung“ bezeichnet werden. Die Ressourcenbindung durch ein ineffizientes Gesetz vermag die Wirksamkeit bestehender Alternativen zu schwächen.

Der Begriff der „symbolischen Gesetzgebung“ charakterisiert eine Methode legislativen Tätigwerdens, die sich im Bekenntnis zu bestimmten Werten bzw. in der aktionistischen Reaktion auf gesellschaftliche Erwartungen erschöpft, hierbei aber den postulierten Rechtsgüterschutz nicht oder allenfalls geringfügig zu erreichen vermag.⁹

Da sämtliche Gesetzgebungs- und Strafsetzungsakte einen kommunikativen Charakter aufweisen, der in der bewusstseinsbildenden Beeinflussung der Bevölkerung besteht, kann in jeder Rechtsnorm ein gewisser symbolischer Gehalt erblickt werden.¹⁰ Insoweit ist auch symbolische Gesetzgebung nicht grundsätzlich als unzulässig zu bewerten, jedoch darf sie die an rechtsstaatliches Handeln zu stellenden Anforderungen nicht unterlaufen. Der zu erwartende Rechtsgüterschutz darf nicht derart geringfügig sein, dass das Symbolische der jeweiligen Vorschrift eindeutig in den Vordergrund tritt.¹¹ Stets ist das Prinzip der Verhältnismäßigkeit (und im Strafrecht das Schuldprinzip) zu achten.¹²

⁹ Vgl. allgemein *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. 1, 3. Aufl. 1997, § 2 Rn. 23.

¹⁰ *Hassemer*, in: Schünemann (Hrsg): Festschrift für Claus Roxin, 2001, S. 1001 (1012); *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. 1, 3. Aufl. 1997, § 2 Rn. 23; *Tönnies*, ZRP 1992, S. 412.

¹¹ *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. 1, 3. Aufl. 1997, § 2 Rn. 23; vgl. insoweit auch *Lehne*, KrimJ 1994, S. 210 (218).

¹² *Hassemer*, in: Schünemann (Hrsg): Festschrift für Claus Roxin, 2001, S. 1001 (1008).

Schließlich sind auch die Konsequenzen symbolischer Gesetzgebung für den Einsatz staatlicher Ressourcen zu bedenken: Da auch ineffektive Vorschriften durch die Exekutivorgane umzusetzen und durch die Gerichte anzuwenden sind,¹³ kann es zu einer Vernachlässigung tatsächlich effektiver Schutzmaßnahmen kommen. Die symbolische Gesetzgebung kann sich also gegebenenfalls kontraproduktiv auf den Rechtsgüterschutz auswirken. Im Hinblick auf das ZugErschwG ist – trotz der Intention, den Zugang zu Kinderpornographie im Internet zu erschweren – eine Verschlechterung des Opferschutzes zu befürchten, insbesondere wenn die ineffektive nationale Sperrung die internationale Löschung kinderpornographischer Inhalte verdrängt.¹⁴ Auch kann die Sperrliste i.S.d. § 1 ZugErschwG, wenn sie nicht geheim bleibt, als Hinweis auf entsprechende Inhalte zweckentfremdet werden.¹⁵

4. Verfassungswidrigkeit einer partiellen Nichtanwendung des ZugErschwG

Einem Regelungsbedarf im Sinne der vorgelegten Gesetzesentwürfe (BT-Drucksachen 17/776, 17/646 und 17/772) könnte entgegenstehen, dass die Sperrung von Internetseiten auf der Grundlage des ZugErschwG (für ein Jahr) ausgesetzt werden soll. Eine bloße Aussetzung der Sperrvariante kann allerdings nicht mit Art. 20 Abs. 3 Hs. 2 GG in Einklang gebracht werden. Danach ist die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht gebunden.

Als Teil des Rechtsstaatsprinzips bedeutet die Bindungsklausel des Art. 20 Abs. 3 Hs. 2 GG, dass den Anordnungen der Gesetze Folge zu leisten ist.¹⁶ Dies verpflichtet die Verwaltung zur Beachtung und Anwendung bestehender Gesetze, von deren Inhalt nicht abgewichen werden darf.¹⁷ Bindende Gesetzesaufträge sind somit umzusetzen; sie dürfen nicht durch eine

¹³ Vgl. insoweit *Sachs*, in: *Sachs*, GG Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 20, Rn. 109 ff.

¹⁴ Vgl. *Sieber*, JZ 2009, S. 653 (656).

¹⁵ Zu den praktischen Problemen der Geheimhaltung unter Hinweis auf das Bekanntwerden der australischen Liste vgl. *Sieber*, JZ 2009, S. 653 (657), zu den rechtlichen Problemen *ders.* JZ 2009, S. 653 (659).

¹⁶ *Sachs*, in: *Sachs*, GG Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 20, Rn. 110.

¹⁷ *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG Kommentar, 2. Aufl. 2006, Art. 20, Rn. 92; *Herzog/Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig*, GG Kommentar, 58. Liefg. 2010, Art. 20, Rn. 141.

planmäßige Minderung des Vollzugs oder den Erlass der Nichtanwendung unterlaufen werden.¹⁸

Im Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und FDP wurde eine Priorität festgelegt, die auf Löschen statt auf Sperren lautet. Die Anfertigung von Sperrlisten sowie ihre Übermittlung an Provider sollten für ein Jahr unterbleiben. Danach sollte eine Evaluierung stattfinden. In der Zwischenzeit sollten die Polizeibehörden gemeinsam mit Selbstregulierungskräften der Internetwirtschaft die Löschung von Seiten betreiben.¹⁹ Soweit die zwischen dem Bundeskriminalamt und großen Providern vormals abgeschlossenen Verträge nicht bereits durch das ZugErschwG ihre Gültigkeit verloren haben, sollen sie durch das Bundeskriminalamt zeitnah unter Hinweis auf das Inkrafttreten des Gesetzes aufgekündigt werden.²⁰

Der Ansatz, einer Löschung Priorität vor der Sperrung einzuräumen, ließe sich noch allgemein mit dem ZugErschwG in Einklang bringen. In § 1 Abs. 2 S. 1 ZugErschwG wurde eindeutig ein Subsidiaritätsverhältnis zwischen Löschen und Sperren festgelegt. Danach soll eine Aufnahme in Sperrlisten nur erfolgen, soweit eine Löschung nicht oder nicht in angemessener Zeit erfolversprechend ist.

Nach Wortlaut und Telos lässt das ZugErschwG indes eine völlige und pauschale Aussetzung der Sperrvariante für mindestens ein Jahr nicht zu. Es ist einzelfallabhängig, wann ein Zeitraum als nicht mehr angemessen i.S.d. § 1 Abs. 2 S. 1 ZugErschwG zu betrachten ist. Der Zeitraum ist abhängig vom Adressaten der Benachrichtigung (ausländischen Stellen unterschiedlichster Staaten, Internetserviceprovider oder Selbstregulierungskräfte der Internetwirtschaft). Eine pauschale Vorab-Festlegung des Zeitraums durch eine staatliche Stelle angesichts unterschiedlicher zu erwartender Rückläufe kontaktierter Stellen ist weder mit dem Wortlaut, noch mit Sinn und Zweck des Gesetzes in Einklang zu bringen. Im Übrigen stehen weder die Führung einer Sperrliste beim BKA, noch ihre tägliche Übermittlung an Diensteanbieter i.S.d.

¹⁸ Herzog/Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, 58. Lieferrg. 2010, Art. 20, Rn. 145.

¹⁹ Wachstum, Bildung, Zusammenhalt – Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP 17. Legislaturperiode, S. 105.

²⁰ Vgl. BT-Plenprot. 17/23, 23. Sitzung, Parl. Staatssekretär BMI Dr. Schröder, S. 2004, Anlage 6.

§ 2 ZugErschwG im Ermessen der Behörde. § 1 ZugErschwG ist in dieser Hinsicht zwingend und keine Kann-Vorschrift.

Ein temporärer Ausschluss der Sperrvariante würde daher eine Änderung des ZugErschwG erfordern.

II. Zum Weg der Aufhebung des ZugErschwG

1. Aufhebung des ZugErschwG

Einer Aufhebung des ZugErschwG, wie in Art. 2 des Gesetzentwurfs der Fraktion DIE LINKE bzw. wie in Art. 1 des Gesetzentwurfs der Fraktion von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN²¹ vorgesehen, stehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegen. Das ZugErschwG ist gemäß Art. 1 Teil des Artikelgesetzes²² vom 17.02.2010 und damit ebenso wie dieses am 23.02.2010 in Kraft getreten. Es ist ein neues Gesetz und verändert selbst keine Bestimmungen in anderen (Stamm-) Gesetzen.

Bei der Aufhebung des ZugErschwG sind zwei Ansatzpunkte denkbar: Zum einen käme eine Änderung des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen in Betracht. Diesen Weg wählt Art. 1 des Entwurfs der Fraktion der SPD.²³ Zum anderen könnte man direkt das ZugErschwG selbst mit Hilfe eines Aufhebungsgesetzes entfernen – so wie von den Fraktionen von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und DIE LINKE vorgeschlagen.

a) Kern-Hülle-Modell

Hinsichtlich der Wirkungsweise von Änderungsgesetzen werden zwei Modelle vertreten. Nach dem sog. „Kern-Hülle-Modell“ haben Änderungsgesetze keine Geltungsdauer. Mit dem Inkrafttreten vollziehen sich die intendierten Änderungen, im Falle des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen also das Inkrafttreten des neuen ZugErschwG und

²¹ BT-Drucksache 17/772.

²² Zum Begriff des Artikelgesetzes vgl. *Lachner*, Das Artikelgesetz, Berlin 2007, S. 27 ff.; *BMJ*, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 2. Aufl. Köln 1999, Rn. 736 ff.

²³ BT-Drucksache 17/776.

die Änderungen im Telekommunikationsgesetz. Der Gesetzesbefehl des Änderungsgesetzes wird dadurch gegenstandslos, letzteres kann damit nicht mehr Anknüpfungspunkt für neue Rechtsetzung sein.²⁴ Das neu in Kraft getretene ZugErschwG sowie die Änderungen im Telekommunikationsgesetz bestünden demnach unabhängig vom Schicksal des sie einführenden bzw. ändernden Artikelgesetzes fort, und führten ein „unabhängiges Eigenleben“²⁵.

Änderungsgesetze bestehen demnach aus einem sachlichen Regelungskern, der in das zu ändernde (Stamm-)gesetz übertragen wird; zurück bleibt die nur leere Hülle, durch die der Transport der sachlichen Regelung in das Stammgesetz bewerkstelligt wurde. Dieses Modell wird als gefestigte Staatspraxis bezeichnet, in der eine Änderung oder Aufhebung von Änderungsgesetzen i.d.R. nur vorkommt, wenn das Änderungsgesetz selbst noch nicht wirksam geworden ist.²⁶ Eine Aufhebung von Art. 1 des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen allein würde nach diesem Modell nicht ausreichen, um die rechtliche Wirkung und Existenz des ZugErschwG zu entfernen.

b) Schichtmodell

Nach dem sog. „Schichtmodell“ hingegen soll sich das Änderungsgesetz mit Bewirken der Änderungen nicht erledigen, da es der geänderten Bestimmung mit seinem Gesetzgebungsbefehl dauerhaft Rechtsgeltung verschafft. Im Falle der Aufhebung des Änderungsgesetzes entfielen damit der Geltungsgrund für die geänderten Regelungen.²⁷ Das „Schichtmodell“ sieht das Stammgesetz als Basis, die mit jedem Änderungsgesetz eine neue Schicht erhält. Sofern ein Änderungsgesetz als neuere Schicht einer älteren (oder dem Stammgesetz selbst) widerspricht, entzieht es dem vorangegangenen Gesetz als neuere Schicht die Geltung. Was den sachlichen Regelungsgehalt der einzelnen Schichten betrifft, so steht jede Schicht für sich ohne den sachlichen Regelungsgehalt anderer Schichten zu beeinträchtigen. Nach diesem Modell wäre eine Geltung des ZugErschwG bereits durch Aufhebung des Gesetzes zur

²⁴ *BMJ*, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 2. Aufl. Köln 1999, Rn. 17.

²⁵ So *Brandner*, Gesetzesänderung, Berlin 2004, S. 35.

²⁶ Vgl. die Fälle bei *Brandner*, Gesetzesänderung, Berlin 2004, S. 36 ff.

²⁷ *Roth*, NVwZ 1999, S. 155 (156); ähnlich *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, Wien 1979, S. 91 f.

Bekämpfung von Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen nicht mehr gegeben.

Aus Gründen der Gesetzes- bzw. der Rechtsklarheit sind dem Schichtmodell verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt.²⁸ Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt, dass Klarheit über den Bestand rechtswirksamer Staatsakte bestehen muss. Ausfertigung und Verkündung von Gesetzen müssen eine Kenntnisnahme ihrer Inhalte ohne unzumutbare Schwierigkeiten ermöglichen.²⁹ Es ist fraglich, ob es für die Rechtsadressaten im vorliegenden Fall zumutbar ist, zunächst eine Verbindung zwischen dem ZugErschwG und dem Gesetz zur Bekämpfung von Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen herzustellen, um über die Rechtskraft bzw. Geltungsdauer des ZugErschwG Auskunft zu erhalten. Für den Gesetzgeber selbst stellt es zudem keinen besonderen Aufwand dar, das Gesetz selbst aufzuheben, anstatt das Artikelgesetz (Änderungsgesetz) zu entfernen oder zu novellieren.

Daher ist einer Betrachtung nach dem Kern-Hülle-Modell der Vorzug vor dem Schichtmodell zu geben.

c) Begrenzung der Geltungsdauer des ZugErschwG in Art. 4 Abs. 3 des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen

Eine Besonderheit im vorliegenden Fall besteht allerdings darin, dass das ZugErschwG über Art. 4 Abs. 3 des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen befristet wurde und mit Ablauf des 31.12.2012 außer Kraft treten soll. Damit existiert, selbst bei der hier befürworteten Zugrundlegung des „Kern-Hülle-Modells“, unabhängig von der Dauer der Wirkung des Gesetzgebungsbefehls auf Änderung, eine (weitere) Verbindung zwischen den beiden Gesetzen hinsichtlich der Geltungsdauer des ZugErschwG.

Sollte man den vorzugswürdigeren Weg der direkten Aufhebung des ZugErschwG gehen, so sind wiederum aus Gründen der Rechts- und Gesetzesklarheit, zumindest aber im Interesse der Rechtsbereinigung, die

²⁸ So *Brandner*, Gesetzesänderung, Berlin 2004, S. 50 ff.

²⁹ *Sachs*, in: *Sachs*, GG Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 20, Rn. 123.

Absätze 2 und 3 von Art. 4 des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen ebenfalls aufzuheben. Dies sollte unabhängig davon gelten, ob man im Falle einer Beachtung des „Kern-Hülle-Modells“ neben einer Aufhebung des ZugErschwG eine Entfernung der genannten Absätze des Art. 4 des Artikelgesetzes für zwingend erforderlich hält, um sämtliche Rechtswirkungen des ZugErschwG zu beseitigen.

2. Änderungen des Telekommunikationsgesetzes

Hinsichtlich der ursprünglichen Fassung des Telekommunikationsgesetzes gilt, dass in Anwendung des „Kern-Hülle-Modells“ die Aufhebung des Gesetzes zur Bekämpfung der Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen nicht dazu führen würde, die alte Fassung des Telekommunikationsgesetzes wieder aufleben zu lassen. Erforderlich wäre hingegen, ebenfalls aus Gründen der Gesetzes- bzw. der Rechtsklarheit, ein neues Änderungsgesetz, das – sofern politisch erwünscht – die alte Rechtslage wieder herbeiführt. Eine Aufhebungsnorm sollte immer am Ausgangsgesetz ansetzen und nicht an der Änderungsnorm, welche die aufzuhebenden Vorschriften in das Stammgesetz implantiert hat.³⁰

Eine Aufhebung der im Gesetz zur Bekämpfung der Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen vorgenommenen Änderungen des Telekommunikationsgesetzes wird im Gesetzentwurf BT-Drucksache 17/646 (Fraktion DIE LINKE) nicht angestrebt. Dies ist anders bei dem Entwurf BT-Drucksache 17/772 (Fraktion von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN), der in seinem Art. 2 sämtliche Änderungen des Telekommunikationsgesetzes rückgängig macht.³¹

Hierbei ist allerdings zu beachten, dass nicht alle damaligen Änderungen des Telekommunikationsgesetzes eine direkte Verbindung zum neuen ZugErschwG haben. Teile der neu in das Telekommunikationsgesetz aufgenommenen

³⁰ So i.E. auch *Brandner*, Gesetzesänderung, Berlin 2004, S. 51 f.

³¹ BT-Drucksache 17/772, S. 2.

Bestimmungen vermögen generell den Schutz vor unerlaubter Datenerhebung und -verwendung zu verbessern (§ 96 Abs. 2 TKG n.F.).³²

Der neue § 96 Abs. 1 des Telekommunikationsgesetzes würde allerdings auch im Falle einer Annahme des Gesetzentwurfs der Fraktion DIE LINKE weiterhin die Befugnis zur Erhebung von Verkehrsdaten im Rahmen des ZugErschwG beinhalten; dies ist, bei gleichzeitiger Aufhebung dieses Gesetzes, zwar unschädlich, aber im Hinblick auf rechtsstaatlich gebotene Rechtsbereinigung ein unerwünschter Zustand, da keine Anwendung der Bestimmung mehr möglich ist.

Es ist daher zu empfehlen, die durch das Gesetz vom 17.02.2010 erfolgte Änderung des Telekommunikationsgesetzes hinsichtlich der Erweiterung der Befugnisse für Diensteanbieter in § 96 Abs. 1 TKG aufzuheben. § 96 Abs. 2 TKG hingegen bedeutet indes weiterhin, unabhängig von einer Aufhebung des ZugErschwG, eine Verbesserung aus datenschutzrechtlicher Sicht.

3. Zwischenergebnis: Vorzugswürdigkeit der Änderung des ZugErschwG

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass ein Gesetz *allein* auf Aufhebung des Gesetzes zur Bekämpfung der Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen nicht die beabsichtigte Rechtswirkung³³ entfalten könnte. Es ist daher vorzugswürdig, das ZugErschwG unmittelbar aufzuheben sowie die telekommunikationsrechtlichen Änderungen im Telekommunikationsgesetz als Stammgesetz selbst vorzunehmen. Aus Gründen der Rechts- bzw. Gesetzesklarheit sind zumindest Art. 4 Abs. 2, 3 des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen ebenfalls zu entfernen.

³² BT-Drucksache 16/13411, S. 14 f.: Beschlussempfehlung und Bericht des für das Gesetz zur Bekämpfung der Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen federführenden Ausschusses für Wirtschaft und Technologie

³³ Vgl. BT-Drucksache 17/776, S. 3 für den Entwurf der Fraktion der SPD.

III. Zum möglichen Entgegenstehen des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung der Kinderpornographie

Im Hinblick auf den Vorschlag für eine Richtlinie des EP und des Rates zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates (KOM 2010/94) könnte fraglich sein, ob eine Vorwirkung des Richtlinienvorschlags einem Änderungsgesetz im Sinne der Entwürfe (BT-Drucksachen 17/776, 17/646, 17/772) entgegensteht.

Art. 21 des Richtlinienvorschlags lautet:

1. Jeder Mitgliedstaat trifft die erforderlichen Maßnahmen, damit der Zugang von Internet-Nutzern zu Webseiten, die Kinderpornografie enthalten oder verbreiten, gesperrt wird. Die Zugangssperrung erfolgt vorbehaltlich angemessener Schutzvorschriften; insbesondere soll sichergestellt werden, dass die Sperrung auf das Nötige beschränkt wird, dass die Nutzer über die Gründe für die Sperrung informiert werden und dass Inhaltenanbieter im Rahmen des Möglichen darüber unterrichtet werden, dass sie die Entscheidung anfechten können.

2. Unbeschadet des Vorstehenden trifft jeder Mitgliedstaat die erforderlichen Maßnahmen, damit Webseiten, die Kinderpornografie enthalten oder verbreiten, aus dem Internet entfernt werden.

Richtlinien sind gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich; es bleibt jedem Mitgliedstaat überlassen, welche Form und welche Mittel er dafür wählt.³⁴ Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, an sie adressierte Richtlinien fristgerecht und ihren Zielen entsprechend umzusetzen.

³⁴ König, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. Baden-Baden 2010, § 2, Rn. 44.

1. Frustrationsverbot

Bereits vor Ablauf der Frist besteht jedoch für die Mitgliedstaaten die Verpflichtung, alles zu unterlassen, was die Erreichung des in der Richtlinie vorgeschriebenen Ziels ernsthaft in Frage stellen könnte, sog. Frustrationsverbot.³⁵ Dies folgt aus Art. 4 Abs. 3 EUV n.F. i.V.m. Art. 288 Abs. 3 AEUV (Art. 10 EGV a.F. i.V.m. Art. 249 Abs. 3 EGV a.F.).³⁶ Wäre die Richtlinie KOM 2010/94 bereits mit dem Inhalt des Vorschlags der Kommission erlassen, wäre der Bundestag womöglich daran gehindert, mit Aufhebung des ZugErschwG dem Regelungsziel der Richtlinie entgegenzuwirken. In der europarechtlichen Literatur wird allerdings uneinheitlich beurteilt, ob mit Bekanntgabe der Richtlinie eine absolute Sperrwirkung eintritt.³⁷

2. Richtlinienvorschlag im Rechtssetzungsverfahren

Zurzeit befindet sich der Vorschlag allerdings noch im Rechtsetzungsverfahren. Er wurde am 29.03.2010 durch die Kommission angenommen und noch am selben Tag an Parlament und Rat weitergeleitet. Inzwischen hat der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss eine Stellungnahme abgegeben; darin regt er unter 4.35 eine Neuformulierung des maßgeblichen Art. 21 des RL-Vorschlags insofern an, als der Löschung entsprechender Seiten ein Vorrang vor der Sperrung eingeräumt werden sollte.³⁸

Am 28./29.09.2010 hat der Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres (LIBE) eine Anhörung zu dem Vorschlag durchgeführt. Im Rahmen der Anhörung wurde deutlich, dass weder auf politischer, noch auf Ebene der Experten ein Konsens hinsichtlich der Sperrverpflichtung besteht. Auf der 3034. Tagung des Rats der Europäischen Union Inneres und Justiz am 7.10.2010

³⁵ EuGH, Rs. C-129/96, Inter-Environnement Wallonie/Région wallonne, Slg. 1997, I-7411; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union. 40. Aufl. 2009, Art. 249 EGV, Rn. 138; *Maruhn*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. Baden-Baden 2010, § 7, Rn. 33.

³⁶ v. *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union. 40. Aufl. 2009, Art. 10 EGV, Rn. 40.

³⁷ ablehnend: *Fisahn/Mushoff*, Vorwirkung und unmittelbare Wirkung Europäischer Richtlinien, EuR 2005, S. 222 (225 f.); ebenso *Kahl*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV – EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 10 EGV, Rn. 64; für eine Sperrwirkung dagegen *Tietje*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Vor Art. 94-97 EGV, Rn. 67.

³⁸ Stellungnahme vom 15.09.2010, SOC/377.

wurden laut Pressemitteilung lediglich die Art. 1 bis 13 des Vorschlags konzentriert erörtert.³⁹ Vor diesem Hintergrund ist es zum jetzigen Zeitpunkt nicht absehbar, welche Gestalt die Richtlinie am Ende des Rechtsetzungsverfahrens angenommen haben wird, insbesondere im Hinblick auf die Frage nach obligatorischer oder lediglich fakultativer Sperrung bzw. Löschung betreffender Seiten.

3. Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit

Auch die ausdrückliche Festschreibung des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit im neuen Art. 4 Abs. 3 EUV ändert am Ergebnis, dass eine Vorwirkung des Richtlinienvorschlags hier nicht gegeben ist, nichts. Dieses Prinzip war bereits vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon als ungeschriebener Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anerkannt.⁴⁰ Maßgeblicher Zeitpunkt bleibt die Bekanntgabe der Richtlinie. Grundsätzlich hätte es der nationale Gesetzgeber schwer, sich loyal gegenüber „der“ Union zu verhalten, wenn sich doch bis jetzt weder Rat noch Parlament eine abschließende Meinung gebildet haben, der Ausgang des Rechtsetzungsverfahrens also noch offen ist.⁴¹

4. Zwischenergebnis: Keine Vorwirkung des bloßen Richtlinienvorschlags

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass vor Bekanntgabe einer Richtlinie keine Vorwirkungen für die Gesetzgeber in den Mitgliedstaaten bestehen sollten. Nach Bekanntgabe allerdings dürfte es dem Bundestag verwehrt sein, eine ausdrückliche und generelle Unzulässigkeit der Sperrung von Telemedienangeboten gesetzlich festzulegen, sollte der Vorschlag der Kommission inhaltlich unverändert bleiben.

³⁹ Nr. 14423/10.

⁴⁰ *Calliess*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, Tübingen 2010, S. 154.

⁴¹ So auch *Gronen* im Hinblick auf den früheren Art. 10 EGV bzw. den Grundsatz der Gemeinschaftstreue vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon: Die „Vorwirkung“ von EG-Richtlinien, Baden-Baden 2006, S. 57 ff.

IV. Resümee

Gegen das am 23. Februar 2010 in Kraft getretene ZugErschwG bestehen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken. Der notwendige Rechtsgüterschutz wird durch das ZugErschwG nicht wirksam gewährleistet, sondern teilweise erschwert. Eine Aussetzung der Sperrvariante durch bloße Nichtanwendung steht mit Art. 20 Abs. 3 Hs. 2 GG nicht in Einklang. Vielmehr bedarf es einer Aufhebung des ZugErschwG. Nach dem „Kern-Hülle-Modell“ genügt dazu nicht schon die Aufhebung von Art. 1 des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen. Vielmehr sollte das ZugErschwG selbst aufgehoben und die telekommunikationsrechtlichen Änderungen im Telekommunikationsgesetz als Stammgesetz vorgenommen werden. Aus Gründen der Rechts- und Gesetzesklarheit sind zudem die Absätze 2 und 3 von Art. 4 des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen aufzuheben. Der bloße Vorschlag für eine Richtlinie des EP und des Rats zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates (KOM 2010/94) steht vor Bekanntgabe der Richtlinie einem Änderungsgesetz im Sinne der Gesetzesentwürfe nicht entgegen, zumal der Ausgang des Rechtsetzungsverfahrens noch offen ist.

Berlin, den 8. November 2010