

Schriftliche Stellungnahme

als Sachverständiger zur Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 10.11.2010 zum „Gesetz zur Bekämpfung der Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen (Zugangerschwerungsgesetz)“

Hamburg, den 8.11.2010

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit möchte ich mich bei Ihnen für die Möglichkeit bedanken, als Sachverständiger vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages zum „Gesetz zur Bekämpfung der Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen (Zugangerschwerungsgesetz)“ zu sprechen. Ich bitte um Verständnis, dass meine Stellungnahme aufgrund der Kürze der Einladungsfrist ebenfalls kurz ausfällt. Einleitend möchte ich noch kurz darauf hinweisen, dass ich nicht im Namen des Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit spreche, sondern die im folgenden und im Verlauf der Anhörung geäußerten Rechtsansichten meine eigenen sind und ausschließlich auf den Erfahrungen und Erkenntnissen beruhen, die ich im Laufe der Jahre gewonnen habe, seit ich mich mit dem Thema „Access-Blocking“ beschäftige.

Gegenstand der Anhörung ist die Frage der Aufhebung des Zugangerschwerungsgesetzes. Dieses Gesetz wurde 2009 erlassen, es wird bisher aber nicht angewendet. Bevor ich auf die Gründe eingehe, die für und gegen das konkrete Gesetz sprechen, werde ich kurz die Geschichte der Internetsperren darstellen, denn die Idee, Access-Providern die Pflicht aufzuerlegen, den eigenen Kunden den Zugang zu bestimmten im Internet verfügbaren Inhalten zu sperren oder wenigstens zu erschweren, ist nicht neu. Mit dem Eindringen des Internet in fast alle Bereiche unseres Lebens wuchs auch das Bedürfnis, das Internet in bekannte Schemata einzuordnen und auf neue Herausforderungen mit den bekannten Mitteln zu reagieren. Die Geschichte des Access-Blockings ist die Geschichte des Fehlers, die aus dem allgemeinen Ordnungsrecht bekannte „top to bottom“-Regulierung auf das Internet übertragen zu wollen.

- 1998 wurde der Geschäftsführer des Access-Providers Compuserve vom AG München wegen der Verbreitung pornographischer Schriften nach § 184 Abs. 3 Nr. 2 StGB zu einer

Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt. Der Tatvorwurf bestand darin, dass sich auf einem News-Server von CompuServe USA pornographische Inhalte befunden haben, die nach deutschem Recht unzulässig waren und auf die über den von CompuServe Deutschland zur Verfügung gestellten Internetzugang zugegriffen werden konnte (AG München, MMR 1998, 429 ff.). Der zuständige Amtsrichter hielt die Ausführungen der Sachverständigen und der Verteidigung für unzutreffend. Das Urteil wurde in der zweiten Instanz aufgehoben (LG München I, MMR 2000, 171 f.). Die wissenschaftliche Literatur zur Verurteilung war vernichtend und die durch das Urteil ausgelöste Rechtsunsicherheit für die Internetwirtschaft in Deutschland schädlich.

- Im Jahr 2002 erließ die Bezirksregierung Düsseldorf die unter dem Schlagwort „Düsseldorfer Sperrungsverfügungen“ bekannt gewordenen ordnungsrechtlichen Anordnungen an eine Vielzahl von Providern, den eigenen Kunden den Zugang zu zwei (ursprünglich: vier) rechtsradikalen Internetseiten zu sperren. Auch dieser ordnungsbehördliche Ansatz stieß in der Literatur auf breite Kritik, wurde von den Gerichten jedoch überwiegend bestätigt (vgl. VG Düsseldorf, MMR 2003, 205 ff.; VG Minden, MMR 2003, 135 ff.; OVG Münster, CR 2003, 361 ff.; VG Düsseldorf, CR 2005, 885 ff.; VG Köln, CR 2006, 201 ff.). Der einzige „Erfolg“, den dieses Vorgehen für sich verbuchen kann, ist, dass zwei obskure US-amerikanische Internet-Seiten, die politisch abstoßend und intellektuell mangelhaft waren, einem breiten deutschen Publikum bekannt gemacht wurden. Während die Diskussion in Deutschland tobte, freute sich der Neo-Nazi und Betreiber einer der Webseiten Gary Lauck ausdrücklich über das stark erhöhte Besucheraufkommen auf seiner Seite. Im Zusammenhang mit den „Düsseldorfer Sperrungsverfügungen“ wurden Anleitungen zum Wechsel des eigenen DNS-Servers einer breiteren Öffentlichkeit bekannt.
- Im Herbst 2007 begannen Teile der deutschen Erotik-Industrie an Access-Provider heranzutreten. Sie wollten eine „Sperrung“ US-amerikanischer Erotik-Angebote erreichen, die sich nicht an das deutsche Jugendschutzrecht halten und daraus einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den deutschen Anbietern ziehen. Der Access-Provider Arcor sperrte seinen Kunden aufgrund des juristischen Drucks den Zugang zu drei verschiedenen Angeboten. Es kam zu einem Overblocking, das rund 3,5 Millionen Webseiten betraf, bei denen es keine Hinweise auf Rechtsverstöße gab. Aufgrund von massiven Kundenprotesten wurde die Sperre aufgehoben (s. dazu ausführlich Schnabel, K&R 2008, 26 ff.). Die

auf eine wettbewerbsrechtliche Störerhaftung gestützten Anträge auf einstweilige Verfügungen der deutschen Erotik-Anbieter hatten vor den Zivilgerichten ausnahmslos keinen Bestand (OLG Frankfurt/Main, MMR 2008, 166 ff.; LG Düsseldorf, MMR 2008, 189 ff.; LG Kiel, MMR 2008, 123 ff.; LG Düsseldorf, MMR 2008, 349 ff.; LG Frankfurt/Main, MMR 2008, 344 ff.). Die US-amerikanischen Angebote existieren weiterhin und erfreuen sich ebenfalls weiterhin großer Beliebtheit bei deutschen Internetnutzern. Der deutschen Erotik-Industrie ist immer noch nicht geholfen.

- Seit einiger Zeit versuchen Vertreter der Unterhaltungsindustrie, zum Schutz von Urheberrechten Access-Provider für die von ihren Kunden begangenen Verstöße gegen das Urheberrecht verantwortlich zu machen (s. dazu Schnabel, MMR 2008, 281 ff.). Die Musikindustrie ist, ähnlich wie die Erotik-Industrie, von den Möglichkeiten des Internet in ihrem Geschäftsmodell empfindlich getroffen worden. Sie versucht auf der Grundlage geltenden Rechts im Wege der urheberrechtlichen Störerhaftung, Access-Provider zur Sperrung zu verpflichten. Auch dieses Vorgehen wurde von den Zivilgerichten bisher ausnahmslos zurückgewiesen (LG Hamburg, ZUM 2009, 587 ff.; LG München I, CR 2009, 816 ff.; LG Hamburg, MMR 2010, 488 ff.). Die Rechteinhaber geben jedoch nicht auf und ziehen durch die Instanzen. Es steht zu befürchten, dass dabei das eigentliche Ziel, nämlich die eigenen Kunden zurückzugewinnen, aus dem Blick verloren wird.

Wie gezeigt, variieren die zu sperrenden Inhalte und die Personen und Institutionen, die Ausgangspunkt der Sperre sind. Was sich nicht ändert, ist die Erfolglosigkeit dieses Vorgehens. In keinem der geschilderten Fälle hat das Access-Blocking auch nur zu einer vorübergehenden Verbesserung der Situation geführt. Inzwischen haben auch die Gerichte erkannt, dass es keine echten „Sperrern“ gibt, sondern lediglich hilflose Versuche der Zugangerschwerung, die mit geringem Aufwand „in wenigen Minuten“ (so das LG Hamburg, ZUM 2009, 587 ff.) umgangen werden können. Den Irrglauben, dass Access-Provider der richtige Ansatzpunkt seien, um Rechtsverletzungen im Internet abzustellen, hat dies freilich nicht vollständig beseitigen können. Zumindest das LG Hamburg geht von einer Störereigenschaft des Access-Providers aus und lässt die Ansprüche nur an anderen Fragen scheitern (LG Hamburg, ebenda und MMR 2010, 488 ff.). Dadurch werden Hoffnungen der Unterhaltungsindustrie am Leben gehalten, die technische Entwicklung zurückdrehen zu können.

Hierin ist auch einer der wesentlichen Nachteile des Sperransatzes zu sehen: Sperren lenken von dem eigentlichen Problem ab, dass der Sperrkonstellation zugrunde liegt. Sie sorgen dafür, dass vorhandene Energie, Sachverstand und weitere Ressourcen in die Sperren investiert werden. Der eigentlich verbesserungsbedürftige Zustand wird nicht verändert und es bleibt das selbstzufriedene Gefühl, „wenigstens überhaupt etwas gemacht zu haben“.

Mit dem Zugangerschwerungsgesetz wird die Geschichte dieses Missverständnisses um ein Kapitel erweitert. Zu sperrender Gegenstand sind nun Bilder und Videos, die den Straftatbestand des § 184b StGB erfüllen und damit den sexuellen Missbrauch von Kindern und Jugendlichen zeigen. Dabei handelt es sich um eines der Delikte, die in der gesamten Gesellschaft zu Recht Abscheu und Entsetzen auslösen. Die Ablehnung ist dabei so einhellig, dass bereits der Vorwurf des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen gesellschaftliche Existenzen grundlegend zerstört. Dass das Zugangerschwerungsgesetz eine breite Diskussion ausgelöst und erst dadurch den gesellschaftlichen Konsens der Verurteilung derartiger Delikte geschaffen hätte, ist eine der Lebenslügen dieses Gesetzes. Hätte der Konsens nicht bereits vorher bestanden, sondern sich das Gesetz auf einen der anderen oben beschriebenen Sperrgegenstände bezogen (Urheberrechtsverletzungen, politische Propaganda, Jugendschutzverstöße), wäre es nie zustande gekommen. Die Befürchtung, das Thema „Kindesmissbrauch und Kinderpornographie“ werde als Türöffner benutzt, um Sperren einzuführen, deren wesentlicher Einsatzpunkt die Durchsetzung wirtschaftlicher Interessen ist, ist unter Berücksichtigung der oben geschilderten Geschichte der Internetsperre mehr als verständlich.

Soweit in der Diskussion um das Zugangerschwerungsgesetz auf dessen Symbolgehalt verwiesen wurde, geht dies daher aus zwei Gründen fehl: Zum einen besteht keine Notwendigkeit, einen gesellschaftlichen Konsens der Verurteilung des Kindesmissbrauchs herzustellen, da dieser längst existiert. Zum anderen besteht die Gefahr, dass sich die Tätigkeit des Gesetzgebers im Zugangerschwerungsgesetz erschöpft. Gegen das Problem, dass Bilder und Videos im Internet verfügbar sind, die den realen Missbrauch Kinder und Jugendlicher zeigen, ist damit jedoch nichts getan.

Der wesentliche und qualitative Unterschied zwischen dem Zugangerschwerungsgesetz und den bisherigen gescheiterten Sperrversuchen ist darin zu sehen, dass der Irrtum nun in ein Spezialgesetz gegossen wurde. Dadurch wird eine Infrastruktur aufgebaut, Technik angeschafft und

Zuständigkeiten geschaffen, deren weitere Nutzung bereits jetzt begehrt wird, bevor das Gesetz auch nur einen einzigen Tag für seinen eigentlichen Zweck, der Sperre von kinderpornographischen Internetinhalten, angewendet wurde.

Wenn diese historische Betrachtung nicht ausreicht, Sie von der Unzulänglichkeit und Fehlgeleitetheit des Sperransatzes als solchem zu überzeugen, so existieren noch weitere grundlegende Bedenken, gegen das Zugangerschwerungsgesetz selbst. Diese sind, im Gegensatz zu den bisher ausgeführten Überlegungen, nicht verallgemeinerungsfähig, sondern beziehen sich ausschließlich auf das Zugangerschwerungsgesetz. Die Probleme sind bereits seit den ersten Anhörungen im Rechtsausschuss und im Unterausschuss Neue Medien bekannt. Die wichtigsten Argumente sollen im Folgenden nur kurz zusammengefasst dargestellt werden (s. dazu auch ausführlich Schnabel, JZ 2009, 996 ff.).

Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes wird auf das Recht der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gestützt. Es geht aber um Regelungen, die Medieninhalte betreffen, wofür ausschließlich die Länder zuständig sind. Zwar hat das Zugangerschwerungsgesetz auch Auswirkungen auf die Wirtschaft, dies aber nur, weil die Access-Provider gesetzlich zu Hilfstätigkeiten für Ordnungsbehörden gezwungen werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erstreckt sich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes nicht auf Vorschriften, mit denen ausschließlich die öffentliche Sicherheit und Ordnung geschützt werden soll. Dies gilt auch dann, wenn diese Regelungen Auswirkungen auf die wirtschaftliche Tätigkeit haben (BVerfGE 8, 143, 149 f.; 13, 367, 371 f.; s. dazu auch Bäcker, Stellungnahme v. 25.5.2009, BT-Drs. 16/1554, 2 f.). Die Tatsache, dass es hier nicht zuvorderst um wirtschaftliche Fragen geht, lässt sich auch daran erkennen, dass Vertreter der Wirtschaft bisher in Anhörungen zum Zugangerschwerungsgesetz in der Minderheit waren, sofern sie überhaupt vertreten waren. Die Düsseldorfer Sperrungsverfügungen, die einzigen Sperrungen, die vor Gericht Bestand hatten, wurden auf eine Norm der Länder gestützt, den inzwischen aufgehobenen Mediendienstestaatsvertrag.

Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ist daher nicht einschlägig, eine andere Kompetenznorm jedoch nicht ersichtlich. Somit ist keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes gegeben. Dies gilt auch dann, wenn man den Schwerpunkt des ZugErschwG im Medienrecht sieht, da dem Bund auch hierfür

keine Kompetenz zusteht. Das Gesetz ist daher insgesamt mangels Kompetenz rechtswidrig und damit nichtig.

Verwaltungskompetenz

Durch das Zugangerschwerungsgesetz werden darüber hinaus dem Bundeskriminalamt Kompetenzen zugewiesen, da es selbstständig über die Aufnahme von Webseiten in die Sperrliste entscheidet. Hier ist die Verwaltungskompetenz des Bundes fraglich. Nach Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG können „Zentralstellen“ eingerichtet werden. Obwohl die Details des Begriffes „Zentralstelle“ unklar sind, herrscht Einigkeit, dass damit eine Servicefunktion des Informationsaustauschs und der -koordination gemeint ist und nicht die Erweiterung inhaltlicher Befugnisse (s. dazu detailliert Bäcker, Stellungnahme v. 25.5.2009, BT-Drs. 16/1554, 4). Die Kompetenzzuweisung an das Bundeskriminalamt kann daher nicht hiermit begründet werden. Für die wohl mögliche Errichtung einer selbstständigen Bundesoberbehörde nach Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG fehlt es an einem gesetzlichen Errichtungsakt. Das Gesetz scheitert daher, selbst wenn man von einer Gesetzgebungskompetenz des Bundes ausgeht, an der fehlenden Verwaltungskompetenz.

Bestimmtheitsgebot

Das Gebot der Bestimmtheit einer Norm verlangt, dass gesetzliche Tatbestände so präzise formuliert sind, dass der Normadressat die Folgen der Regelung voraussehen und kalkulieren kann (BVerfGE 31, 255, 264; 83, 130, 145; BVerwGE 96, 110 f.). Das Prinzip ist insbesondere für grundrechtseinschränkende Gesetze eine unabdingbare Voraussetzung. § 2 Abs. 1 Satz 1 ZugErschwG fordert, dass Access-Provider durch „geeignete und zumutbare technische Maßnahmen“ den Zugang zu Angeboten aus der Sperrliste zu erschweren haben. Nach § 2 Abs. 2 Satz 2 ZugErschwG erfolgt die Sperrung „mindestens auf der Ebene der vollqualifizierten Domainnamen, deren Auflösung in die zugehörigen Internetprotokoll-Adressen unterbleibt.“ Zwar muss der Gesetzgeber insbesondere bei komplexen technischen Zusammenhängen nicht alles selbst entscheiden (BVerfGE 51, 1, 12; 79, 106, 120). Jedoch wird hier dem Normadressaten die Umsetzung der Sperre selbst überlassen. Der Gesetzesentwurf favorisiert laut Begründung zwar DNS-Sperren, da diese die geringste Eingriffstiefe haben. „Den Diensteanbietern ist es jedoch unbenommen, sich für eine andere Sperrtechnik mit größerer Eingriffstiefe zu entscheiden“ (so die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/12850, 7). Ein Gesetz, das Privatpersonen Eingriffe in die Grundrechte Dritter vorschreibt, muss auch in technischer Hinsicht konkret formuliert sein, um

Art und Umfang der Grundrechtseingriffe vorhersehen zu können. In diesem Bereich verstößt eine technikoffene Regelung gegen den Bestimmtheitsgrundsatz.

Verhältnismäßigkeit

Problematisch ist bei der Verhältnismäßigkeit vor allem die Angemessenheit, bei der zu fragen ist, ob der verfolgte Zweck in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der Grundrechtseingriffe steht, die durch die Maßnahme erfolgen. Das Gesetz greift in eine Reihe von Grundrechten ein: Betroffen sind die Berufs- und Eigentumsfreiheit der Access-Provider (Art. 12, 14 GG), je nach Art der Sperre auch das Fernmeldegeheimnis der Internetnutzer (Art. 10 GG), aufgrund des zu erwartenden Overblockings auch die Informationsfreiheit der nicht-kriminellen Internetnutzer (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GG). Dem stehen nur geringe Vorteile gegenüber, da durch das Zugangerschwerungsgesetz ein Großteil der avisierten Ziele nicht erreicht werden kann: Eine Kinderpornomafia, die einen milliarden schweren Markt bedient, kann nicht zerschlagen werden, da beides nach bisher vorliegenden Erkenntnissen nicht existiert. Den Opfern des realen Missbrauchs wird auch nicht geholfen, da die Bilder und Videos nicht aus dem Internet entfernt werden. Im besten Falle wird die Verbreitung nach Deutschland wenigstens vorübergehend für technisch vollkommen ungebildete Nutzer etwas erschwert. Eine Verfolgung und Bestrafung der Täter wird jedoch nicht erreicht. Häufig wird auch erklärt, das Ziel des Zugangerschwerungsgesetzes bestünde nicht zuletzt darin, den versehentlichen Kontakt unbedarfter Internetnutzer mit kinderpornographischem Material zu verhindern. Sofern ein solches Phänomen überhaupt existiert, sind Zugangerschwerungsgesetz und die dahinter stehende Infrastruktur nicht geeigneter als eine softwareseitige Jugendschutzsperre, wie sie verantwortungsbewusste Eltern bereits heute freiwillig auf ihren PCs einsetzen.

Nach alledem bestehen selbst unter Zugrundelegung der großzügigen Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts erhebliche Zweifel an der Verhältnismäßigkeit des Zugangerschwerungsgesetzes.

Unabhängig von dieser Einschätzung bleibt noch ein letzter Hinweis, der auch dann Gültigkeit behält, wenn man das Zugangerschwerungsgesetz als gültig und wirksam betrachtete:

Das Internet ist so konzipiert worden, dass die jederzeitige Verfügbarkeit von Informationen höchste Priorität hat. Es ist daher als dezentrales und nicht-hierarchisches Netzwerk aufgebaut,

in dem alle miteinander verbundenen Rechner auf der Basis standardisierter Protokolle miteinander kommunizieren. Dabei existiert keine höchste Instanz, die technische Standards verpflichtend für jeden Internetnutzer und –anbieter festlegen könnte. Das Internet als technische Struktur ist darauf angewiesen, dass sich alle an diese Standards halten und sie befolgen. Geschieht dies nicht, könnte es Auswirkungen auf die Stabilität der Infrastruktur insgesamt haben.

Aufgrund der oben beschriebenen Priorität der Verfügbarkeit von Daten ist kein Sperrmechanismus vorgesehen. Die Idee, dass das Internet Inhalte enthalten könnte, deren Verbreitung unerwünscht ist, war bei der Konstruktion nicht berücksichtigt worden. Verdeutlicht wird dies durch den anschaulichen Satz von John Gilmore (Electronic Frontier Foundation): „The Net interprets censorship as a malfunction and routes around it.“

Die Sperrmechanismen, derer wir uns bedienen und die das Zugängerschwerungsgesetz als technische Maßnahmen vorsieht, sind nichts weiter als Krücken. Sie simulieren technische Fehler, um die Erreichbarkeit der Inhalte zu unterbinden. Wenn der Einbau technischer Fehler zur Regel wird, wenn dies nicht nur totalitäre Staaten tun, sondern Deutschland und weitere demokratische Staaten, wenn das Internet so territorialisiert und aus technischer Sicht ein uneinheitlicher Flickenteppich wird, dann wird dies nicht ohne Folgen für die Funktionsfähigkeit des Internet bleiben. Auf lange Sicht kann dies negative Folgen für das Internet haben, dessen bisheriger Erfolg vor allem auf seiner Offenheit für Inhalte, Formate und Transportwege bestand.

Im Interesse aller Beteiligten sollte das Zugängerschwerungsgesetz daher so schnell wie möglich aufgehoben werden und seinen Status einnehmen als Fußnote im Kapitel „Fehlentwicklungen“ in der Geschichte der Entwicklung des Internet in Deutschland.