

Gutachterliche Stellungnahme

zum Gesetzentwurf der Fraktion der SPD

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

zum Gesetzentwurf der Abgeordneten Dr. Konstantin von Notz, Volker Beck (Köln), Birgitt Bender, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

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

sowie zum Gesetzentwurf der Abgeordneten Jörn Wunderlich, Dr. Petra Sitte, Agnes Alpers, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE

Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung von Zugangsbeschränkungen in Kommunikationsnetzen (BT-Drs. 17/646)

von Univ.-Prof. Dr. Dirk Heckmann

Vorbemerkung

Diese Stellungnahme wurde anlässlich der Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags am 10. November 2010 in Berlin erstellt. Sie gibt die persönliche Auffassung des Autors wieder. Ich danke meinen wissenschaftlichen Mitarbeitern, Herrn Akademischen Rat Florian Albrecht, M.A., Herrn Sebastian Dienst, Frau Dipl.-Jur. (Univ.) Katharina Fuchs, Herrn Assessor Axel Knabe, Herrn Dipl.-Jur. (Univ.) Michael Marc Maisch und Herrn Assessor Alexander Seidl, für wertvolle Mitarbeit.

Passau, den 8. November 2010

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. Gegen das Gesetz zur Erschwerung des Zugangs zu kinderpornographischen Inhalten in Kommunikationsnetzen (Zugangserschwerungsgesetz, ZugErschwG) bestehen **erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken**.
2. Soweit in der rechtswissenschaftlichen Fachliteratur Bedenken gegen eine **Gesetzgebungskompetenz des Bundes** geäußert werden, weil der Hauptzweck des Gesetzes die Gefahrenabwehr (und damit die Länderkompetenzen im Polizeirecht) betreffe, besteht allerdings kein erhebliches verfassungsgerichtliches Risiko. Das BVerfG legt den Kompetenztitel des „Rechts der Wirtschaft“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) sehr weit aus, so dass eine Aufhebung aus formellen Gründen eher unwahrscheinlich wäre.
3. Das ZugErschwG verfolgt **legitime Zwecke**, nämlich die Bekämpfung des Vertriebs und des Konsums strafbarer kinderpornographischer Inhalte in Kommunikationsnetzen und weitergehend die Bekämpfung des solchen Inhalten zugrunde liegenden eklatanten Kindesmissbrauchs.
4. Das eingesetzte Mittel, nämlich Aufbau und Betrieb einer Sperrinfrastruktur (Erstellung von Sperrlisten, Verpflichtung der Provider zur Umsetzung durch entsprechende Sperrmaßnahmen), ist nur in einem **sehr geringen Umfang geeignet**, die Gesetzeszwecke zumindest ansatzweise zu fördern. Zum einen greift es nur in einem geringen Teil des relevanten „Marktes“, zum anderen kann es selbst dort, wo es greift, nach Ansicht vieler Experten leicht umgangen werden. Weil aber das BVerfG nur sehr geringe Anforderungen an die Geeignetheit stellt und dem Gesetzgeber einen großen Gestaltungs- und Einschätzungsspielraum gibt, besteht auch insofern kein erhebliches verfassungsgerichtliches Risiko.
5. Erhebliche Bedenken bestehen aber im Hinblick auf die **Verhältnismäßigkeit i.e.S.** Der sehr geringen Zwecktauglichkeit des Mittels stehen erhebliche Risiken und Nebenwirkungen von Netzsperrungen gegenüber. Durch solche Sperrungen können, wie technische Expertisen gezeigt haben, z.B. auch legale Inhalte erfasst werden (sog. Over-Blocking), so dass Grundrechte Dritter verletzt werden. Außerdem kann sich die Sperrinfrastruktur kontraproduktiv für den Opferschutz auswirken.
6. Darüber hinaus bestehen **rechtsstaatliche Bedenken** im Hinblick auf die hinreichende Bestimmtheit des Gesetzes, den Parlamentsvorbehalt für wesentliche Entscheidungen, das Fehlen eines Richtervorbehalts, die Rechtsschutzgarantie und die Verwaltungskompetenzen des Bundes.
7. Die vorgenannten Bedenken werden durch den **„Nichtanwendungserlass“ des BMI** nicht beseitigt. Es ist nämlich fraglich, ob eine verbindliche gesetzliche Regelung durch pauschale Vorabfestlegung eines Beurteilungsspielraums, der auf Abwägung im Einzelfall gerichtet ist, außer Kraft gesetzt werden darf.
8. Aus diesen Gründen kann empfohlen werden, den vorliegenden Gesetzentwürfen folgend das ZugErschwG ersatzlos aufzuheben. Es bleibt aber eine bedeutende, vorrangige Aufgabe von Politik, Wirtschaft und Gesellschaft, **wirksamere Wege zur effizienten Bekämpfung des Kindesmissbrauchs** zu suchen und zu beschreiten.

Inhaltsverzeichnis

I. Verfassungsrechtliche Bewertung des ZugErschwG.....	5
1. Gesetzgebungskompetenz.....	5
2. Legitimer Zweck des ZugErschwG.....	8
3. Geeignetheit des ZugErschwG.....	9
4. Erforderlichkeit des ZugErschwG.....	12
a) Keine Erforderlichkeit der Sperrung von Inhalten auf inländischen Servern.....	13
b) Vorrang von Löschversuchen bei Inhalten auf ausländischen Servern...	13
c) Keine Erforderlichkeit von Verweissperren.....	14
5. Angemessenheit des ZugErschwG.....	14
6. Vereinbarkeit mit allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen.....	16
a) Verstoß gegen Bestimmtheitsgebot.....	17
b) Verstoß gegen Wesentlichkeitstheorie.....	17
c) Verstoß gegen Richtervorbehalt.....	18
d) Verstoß gegen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz.....	19
e) Fehlende Verwaltungskompetenz.....	19
7. Fazit.....	20
II. Rechtmäßigkeit des an das Bundeskriminalamt gerichteten Erlasses des Bundesministeriums des Innern vom 17.02.2010.....	21
1. Rechtsgrundlage des Erlasses.....	21
2. Keine Ermessensvorschrift.....	22
3. Fehlgebrauch des Beurteilungsspielraums.....	22
4. Fazit.....	23
III. Konsequenzen für die Gesetzentwürfe	24

Anlass für die vorliegende gutachterliche Stellungnahme sind die Gesetzesentwürfe der Fraktion der SPD vom 23.02.2010¹, der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 23.02.2010² und der Fraktion DIE LINKE vom 27.01.2010³. Alle Entwürfe befassen sich mit dem (verfassungs-) rechtlichen Hintergrund des Zugangerschwerungsgesetzes (ZugErschwG) und plädieren für die Aufhebung dieses Gesetzes.

Das ZugErschwG ist das erste Gesetz, auf dessen Grundlage eine staatlich veranlasste Beschränkung des Internetzugangs in Deutschland ermöglicht wird.⁴ Das als „Einstieg in das staatliche Zensurzeitalter“⁵ bezeichnete Regelwerk wird in der juristischen Fachliteratur nach wie vor heftig kritisiert⁶ und stößt auf zahlreiche verfassungsrechtliche Bedenken.

Im Folgenden soll untersucht werden, ob eine Aufhebung des ZugErschwG aus verfassungsrechtlichen oder evtl. auch rechtspolitischen Gründen zu empfehlen ist. Dies wäre zunächst dann der Fall, wenn tragende verfassungsrechtliche Bedenken gegen das ZugErschwG vorgetragen werden können (I.) und/oder das mittlerweile fraktionsübergreifend definierte, politische Ziel einer Nichtanwendung des ZugErschwG durch den Erlass des Bundesministeriums des Innern vom 17.02.2010 (auf rechtlich zulässige Weise) nicht erreicht werden kann (II.).

Konkrete Hinweise zu den vorliegenden Gesetzesentwürfen sind dem Fazit (III.) zu entnehmen.

I. Verfassungsrechtliche Bewertung des ZugErschwG

Das mit den vorliegenden Gesetzentwürfen verfolgte Anliegen der Aufhebung des ZugErschwG wäre berechtigt, wenn (erhebliche) verfassungsrechtliche Bedenken gegen dieses Gesetz bestünden.

1. Gesetzgebungskompetenz

Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Bewertung ist zunächst die Frage aufzuwerfen, ob eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes existiert, die diesen zum Erlass des ZugErschwG ermächtigt. Das Grundgesetz geht vom Grundsatz der Länderzuständigkeit aus (Art. 70 Abs. 1 GG). Um (ausnahmsweise) eine Bundeszuständigkeit annehmen zu können, bedarf es einer Regelung durch das Grundgesetz.⁷ Sofern sich zeigen sollte, dass dem Bund die Gesetzgebungskompetenz für den Regelungsbereich des ZugErschwG

¹ BT-Drs. 17/776.

² BT-Drs. 17/772.

³ BT-Drs. 17/646.

⁴ *Kahl*, SächsVBl. 2010, 180; zu den seitens der Bezirksregierung Düsseldorf bereits im Februar 2002 nach dem Mediendiensteleistungsvertrag für das Land Nordrhein-Westfalen erlassenen Sperrverfügungen gegen eine Reihe von Access-Providern *Stadler*, MMR 2002, 343 und *Spoenle*, AnwZert-ITR 17/2009, Anm. 2.

⁵ *Marberth-Kubicki*, NJW 2009, 1792, 1796.

⁶ Statt vieler: *Frey/Rudolph*, CR 2009, 644. Außerdem *Heckmann*, jurisPK Internetrecht, Kap. 8 Rn. 56 ff.

⁷ *Uhle*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: April 2010, Art. 70 Rn. 79; *Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, 8. Aufl. 2008, Rn. 791.

nicht zusteht, wäre das Gesetz bereits aus formellen Gründen verfassungswidrig, was für seine Aufhebung sprechen würde.

In der rechtswissenschaftlichen Fachliteratur werden durchgehend erhebliche Bedenken gegen eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes zum Erlass des ZugErschwG angeführt.⁸ Hiernach sei das ZugErschwG primär auf die Bekämpfung und Verbreitung von Kinderpornographie im Netz gerichtet und verfolge demnach ein Anliegen der Gefahrenabwehr.⁹ Das Gesetz habe das Ziel der Straftatenverhütung¹⁰ und stelle eine Einwirkung auf die Inhalte von Medienangeboten dar.¹¹ Beides seien Regelungsmaterien, für welche die Länder zuständig seien.¹²

In der Tat steht (unstreitig) die Verhinderung der Verbreitung kinderpornographischer Inhalte im Vordergrund des Gesetzes.¹³ Fraglich ist aber, ob deshalb bereits eindeutig feststeht, dass der Bund in diesem Kontext keine Gesetzgebungskompetenz hat. Eine andere Bewertung scheint dann möglich, wenn zudem Gesetzgebungskompetenzen des Bundes existieren, innerhalb deren Regelungsmaterie der Wirkungsbereich des ZugErschwG verortet werden kann.

Wenig zielführend ist es, in diesem Zusammenhang mittels Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG (Telekommunikation) dem Bund zur erforderlichen Gesetzgebungskompetenz verhelfen zu wollen. Die Norm meint allein „die technische Seite der Errichtung einer Telekommunikationsinfrastruktur und der Informationsübermittlung, nicht aber Regelungen, die auf die übermittelten Inhalte oder die Art der Nutzung der Telekommunikation ausgerichtet sind.“¹⁴

Eine Überschneidung zwischen Bundes- und Länderkompetenzen könnte sich allerdings im Hinblick auf eine extensive Auslegung von Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG (Öffentliche Fürsorge) ergeben.¹⁵ Die Kompetenznorm umfasst auch fürsorgliche Schutzgesetze, also Maßnahmen zur vorbeugenden Vermeidung künftiger Hilfsbedürftigkeit¹⁶ (z.B. auf Gebieten des Kinder- und Jugendschutzes¹⁷), welche auch unter Einbindung Privater durchgeführt werden können.¹⁸ Nachdem die Erschwerung des Zugangs zu kinderpor-

⁸ Statt vieler *Stadler*, <http://www.internet-law.de/2010/11/netzsperrren-warum-das-zugangerschwerungsgesetz-verfassungswidrig-ist.html>, zuletzt abgerufen am 05.11.2010.

⁹ Statt vieler *Stadler*, <http://www.internet-law.de/2010/11/netzsperrren-warum-das-zugangerschwerungsgesetz-verfassungswidrig-ist.html>, zuletzt abgerufen am 05.11.2010.

¹⁰ So auch die h.M.: *Stadler*, MMR 2009, 581, 582; *Höhne/Dienst*, jurisPR-ITR 13/2009, Anm. 6; *Spoenle*, AnwZert-ITR 17/2009, Anm. 2; *Frey/Rudolph*, CR 2009, 644, 645; *Kahl*, SächsVBl. 2010, 180, 183.

¹¹ *Hoffmann-Riem*, ZDF-Aspekte vom 31.07.2010, <http://www.youtube.com/watch?v=WxdkgH1pGXc>, zuletzt abgerufen am 02.11.2010.

¹² *Uhle*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: April 2010, Art. 70 Rn. 25 (Gefahrenabwehr); *Hoffmann-Riem*, ZDF-Aspekte vom 31.07.2010, <http://www.youtube.com/watch?v=WxdkgH1pGXc>, zuletzt abgerufen am 02.11.2010 (Inhalte von Medienangeboten).

¹³ So auch *Bäcker*, Stellungnahme vom 26.05.2009, S. 3, der eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes ablehnt; *Stadler*, <http://www.internet-law.de/2010/11/netzsperrren-warum-das-zugangerschwerungsgesetz-verfassungswidrig-ist.html>, zuletzt abgerufen am 05.11.2010.

¹⁴ BVerfGE 113, 348, 368 „Telekommunikationsüberwachung Niedersachsen“.

¹⁵ So *Tinnefeld*, DuD 2010, 15, 17.

¹⁶ *Maunz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: April 2010, Art. 74 Rn. 106; *Tinnefeld*, DuD 2010, 15, 17.

¹⁷ *Seiler*, in: Epping/Hillgruber, GG, 2009, Art. 74 Rn. 24.

¹⁸ *Stettner*, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2006, Art. 74 Rn. 44; vgl. *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 74 Rn. 59 ff.

nographischen Seiten unzweifelhaft dem Kinder- und Jugendschutz dient¹⁹, kommt insoweit eine Überschneidung zwischen Bundes- und Länderkompetenzen in Betracht.

Der Gesetzgeber stützt sich bezüglich der Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) und geht davon aus, dass die den Zugangsvermittlern auferlegte Pflicht, den Zugang zu kinderpornographischen Angeboten durch technische Vorkehrungen zu erschweren, als wirtschaftslenkende Maßnahme zu qualifizieren sei.²⁰

Geht man nun von einer Überschneidung der Landeskompetenzen im Bereich der Gefahrenabwehr einerseits und der Bundeskompetenzen in den Bereichen Öffentliche Fürsorge und Recht der Wirtschaft andererseits aus, stellt sich bezüglich der kompetenzrechtlichen Qualifikation die Frage, welcher Kompetenztitel vorrangig anzuwenden ist. Diesbezüglich ist das entscheidende Auslegungskriterium der überwiegende Sachzusammenhang,²¹ die Frage nach dem Schwerpunkt des Regelungsinhalts.²² Diese Schwerpunktbildung gestaltet sich schwierig²³ und ist weitgehend ergebnisoffen.

Die juristische Literatur sieht den Schwerpunkt bei der Gefahrenabwehr; das in die Bundeskompetenz fallende Recht der Wirtschaft sei allenfalls als Nebenzweck des Gesetzes betroffen.²⁴

Angesichts der bisherigen Handhabung der Gesetzgebungskompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG durch das Bundesverfassungsgericht erscheint es zweifelhaft, ob diese Einwände und Bedenken sich als tragfähig erweisen. Das Bundesverfassungsgericht neigt nämlich zu einer äußerst weiten Auslegung des Anwendungsbereichs des Rechts der Wirtschaft.²⁵ So soll die weitreichende Gesetzgebungskompetenz²⁶ grundsätzlich alle Normen umfassen, die das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung als solche regeln.²⁷ Hierher gehören demnach z.B. Regelungen über den Verbraucher-²⁸ und den Datenschutz²⁹. Der Gefahrenabwehr dienende Vorschriften können somit auf Grundlage von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG auch dann durch den Bund erlassen werden, wenn sie in spezifischen Wirtschaftsbereichen wirken und ihr Wirkungsbereich nicht auf jedermann ausgerichtet ist.³⁰ Auch insoweit greift der Bund nämlich letztlich ord-

¹⁹ *Tinnefeld*, DuD 2010, 15, 17.

²⁰ BT-Drs. 16/12850, S. 5 f.

²¹ *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Stand: April 2010, Art. 74 Rn. 12; *Heintzen*, in: BK-GG, Stand: April 2010, Art. 70 Rn. 134. *Tinnefeld*, DuD 2010, 15, 17.

²² *Schneider*, NJW 1969, 939 und *Wolfrum*, DÖV 1982, 677, zitiert nach *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Stand: April 2010, Art. 74 Rn. 12.

²³ Zur Bestimmung des Regelungsinhalts *Tinnefeld*, DuD 2010, 15, 17.

²⁴ So jedenfalls *Tinnefeld*, DuD 2010, 15, 17.

²⁵ Vgl. auch EuGH, Urt. v. 10.02.2009 – C-301/06 – „Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung“.

²⁶ *Seiler*, in: *Epping/Hillgruber*, GG, 2009, Art. 74 Rn. 31.

²⁷ BVerfGE 68, 319, 330 – „Bundesärzteordnung“; BVerfGE 8, 143, 148 – „Beschußgesetz“; BVerfGE 55, 274, 308 – „Berufsausbildungsabgabe“; Der Bund verfügt daher über die Kompetenz, das Wirtschaftsleben insgesamt zu regeln oder steuernd und lenkend einzugreifen, *Seiler*, in: *Epping/Hillgruber*, GG, 2009, Art. 74 Rn. 31.

²⁸ BVerfGE 26, 254 – „Ingenieurgesetz“.

²⁹ *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Stand: April 2010, Art. 74 Rn. 133.

³⁰ *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Stand: April 2010, Art. 74 Rn. 151; *Degenhart*, in: *Sachs*, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 74 Rn. 52 (unter Bezugnahme auf *Maunz/Dürig*).

nend in das Wirtschaftsgeschehen ein.³¹ Dies dient zudem der Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit, weil landesspezifische Regelungen die betroffenen Unternehmen in ihrem wirtschaftlichen Handeln beeinträchtigen würden und die Sperrung von Webseiten nicht an die Grenzen der einzelnen Bundesländer gebunden werden kann.

Aus diesen Gründen ist das hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit des Zugangerschwerungsgesetzes existierende verfassungsrechtliche Risiko des Gesetzgebers eher als gering zu bewerten.

2. Legitimer Zweck des ZugErschwG

Die auf Webseiten im Internet angebotenen kinderpornographischen Bilder zeigen die Vergewaltigung oder anderen sexuellen Missbrauch von teilweise erst wenige Jahre alten Kindern. Derartige Abbildungen verletzen die Menschenwürde der Abgebildeten und verursachen mit ihrer Stigmatisierung und Traumatisierung eine erneute Viktimisierung der Opfer.³² Darüber hinaus kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Konsum kinderpornographischer Darstellungen einzelne Konsumenten zum Missbrauch von Kindern gewissermaßen „anregt“.³³ Ferner wird vermutet, dass derartige Darstellungen genutzt werden, um entsprechende Verhaltensweisen bei Kindern als „normal“ darzustellen und dadurch Hemmschwellen zu senken.³⁴

Das Zugangerschwerungsgesetz zielt darauf ab, den Zugang von Deutschland aus auf kinderpornographische Seiten im Internet zu erschweren. Dies ergibt sich bereits aus der Gesetzesbezeichnung und aus der Zieldefinition in der Gesetzesbegründung.³⁵

Die damit bezweckte Bekämpfung des Kindesmissbrauchs selbst, inklusive der Herstellung entsprechenden Bild- und Filmmaterials, genießt zweifellos höchste Legitimität.

Auch die Behinderung des Vertriebs und Konsums derartiger Medien stellt unzweifelhaft einen legitimen Zweck dar. Dabei steht insbesondere der Opferschutz der dargestellten missbrauchten Kinder im Vordergrund. Die Menschenwürde der betroffenen Opfer ist nicht nur durch die Missbrauchstat an sich verletzt, vielmehr erfährt diese Verletzung eine Intensivierung durch die Verbreitung des Materials im Internet.³⁶ Außerdem könnte zumindest jener Kindesmissbrauch unterbunden werden, bei dem dieser aus „Vertriebszwecken“, also vor einem kommerziellen Hintergrund, erfolgte. Hinzu kommt insoweit auch die Einschränkung der Nachfragestimulierung und der Verleitung zum Kindesmissbrauch. Insofern dient die gesetzliche Sperrungsverpflichtung auch dem

³¹ Vgl. *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Stand: April 2010, Art. 74 Rn. 132 und 151; Dies dient zudem der Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit, weil landesspezifische Regelungen die betroffenen Unternehmen in ihrem wirtschaftlichen Handeln beeinträchtigen würden und die Sperrung von Webseiten nicht an die Grenzen der einzelnen Bundesländer gebunden werden kann, BT-Drs. 16/12850, S. 6.

³² *Sieber*, JZ 2009, 653.

³³ Vgl. hierzu *Sieber*, JZ 2009, 653; so auch *Osterheider*, Stellungnahme vom 26.05.2009, S. 1.

³⁴ *Sieber*, JZ 2009, 653.

³⁵ BT-Drs. 16/12850 S. 5; vgl. auch *Kahl*, SächsVBl. 2010, 180, 188.

³⁶ *BMFSFJ*, Bund schließt Vertrag mit Providern zur Sperrung von Kinderpornografie-Seiten im Internet; vgl. auch *Tinnefeld*, DuD 2010, 15.

vorbeugenden Schutz der Kinder.³⁷ Durch die Bekämpfung von Vertrieb und Konsum im Sinne einer „Störung des Massengeschäfts“ soll der organisierten Kriminalität die Grundlage entzogen werden, indem diese empfindlich gestört und ausgetrocknet werde.³⁸ Außerdem soll der zufällige Kontakt mit kinderpornographischem Material verhindert werden.³⁹ Mit dem ZugErschwG soll schließlich insbesondere ein klares gesellschaftliches Signal zur Ächtung von Kinderpornographie gesetzt werden.⁴⁰

All diese durch den Gesetzgeber beabsichtigten Ziele sind vor dem Hintergrund verfassungsrechtlicher Wertungen ohne jeden Zweifel legitim. Dies bestreiten auch die Befürworter einer Aufhebung des ZugErschwG nicht. Ihre Bedenken richten sich nicht gegen die Zwecksetzung des Gesetzes als solche, sondern gegen das zur Zweckerreichung vorgesehene Mittel, nämlich die Errichtung und den Betrieb einer Sperrinfrastruktur.

Selbst wenn man dieses Mittel seinerseits in den Kontext der Gesetzeszwecke einstellt, nämlich als „Zwischenziel“ auf dem Weg zur effektiven Bekämpfung des Kindesmissbrauchs (Gesetzeszweck wäre danach die Schaffung einer Rechtsgrundlage für Internetsperren), änderte dies an der Legitimität des Zwecks nichts. Die förmliche Gesetzgebung darf kraft demokratischer Souveränität selbst ihre Zwecke bestimmen, solange sie nicht durch das Grundgesetz verboten, insbesondere mit seinen Zwecksetzungen unvereinbar sind.⁴¹ Insoweit ist es sogar ausreichend, wenn der Gesetzgeber neben unzulässigen auch legitime Zwecke verfolgt.⁴² Nur wenn das Gesetz keinerlei legitime Zwecke verfolgen würde, würde die Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs bereits am Fehlen eines legitimen Zwecks scheitern.⁴³ Ob der Aufbau einer Sperrinfrastruktur verfassungsrechtlich bedenklich ist, mag deshalb an dieser Stelle (noch) dahinstehen.

An der Legitimität des Gesetzeszwecks bestehen mithin keinerlei Zweifel.⁴⁴

3. Geeignetheit des ZugErschwG

Das Zugangerschwerungsgesetz müsste als staatliches Mittel geeignet sein, den legitimen Zweck des Gesetzes zu erreichen oder zumindest zu fördern. Der Nachweis, dass der angegebene Zweck durch das eingesetzte Mittel vollständig erreicht wird, ist nicht erforderlich.⁴⁵ Ausreichend ist, dass das Mittel die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass der angestrebte Erfolg zumindest teilweise eintritt.⁴⁶

Für eine Sperrung von (kinderpornographischen) Inhalten im Internet werden derzeit insgesamt drei verschiedene Sperransätze und eine Kombination aus diesen diskutiert.

³⁷ *BMFSFJ*, Bund schließt Vertrag mit Providern zur Sperrung von Kinderpornografie-Seiten im Internet.

³⁸ *Höhne/Dienst*, jurisPR-ITR 13/2009, Anm. 6.

³⁹ *Schnabel*, JZ 2009, 996, 1000.

⁴⁰ *Höhne/Dienst*, jurisPR-ITR 13/2009, Anm. 6.

⁴¹ *Sachs*, GG-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 20, Rn. 149.

⁴² BVerfGE 21, 292, 299; BVerfGE 33, 171, 186.

⁴³ Vgl. hierzu *Wernsmann*, NVwZ 2000, 1360, 1361.

⁴⁴ So auch *Schnabel*, JZ 2009, 996, 1000, *Spoenle*, AnwZert-ITR 17/2009, Anm. 2 und *Kahl*, SächsVBl 2010, 180, 188.

⁴⁵ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: April 2010, Art. 20, Rn. 112.

⁴⁶ Vgl. BVerfGE 16, 147 ff. (183); 30, 292 ff. (316); 33, 171 ff. (187); 67, 151 ff. (173 ff.); 96, 10 ff. (23 ff.).

Anknüpfungspunkte sind dabei der DNS-Server, der Router, der Einsatz eines sog. Zwangs-Proxy-Servers und die Kombination der Router- und der Proxy-Variante im sog. hybriden Sperransatz.

Gemeinsam ist allen diesen Sperransätzen, dass sie nach der sog. „Blacklist-Methode“ funktionieren. Anhand der Liste werden Anfragen der Nutzer an der jeweiligen Stelle (DNS-Server, Router, Proxy) auf eine Übereinstimmung mit dem Listeninhalt analysiert und gegebenenfalls eine Abfrage gesperrter Inhalte verhindert.

Um ein Beispiel zu nennen, übersetzt der DNS-Server bei der DNS-Sperre auf Anfrage einen bestimmten (voll qualifizierten) Domainnamen in die dazugehörige numerische IP-Adresse. Um den Zugriff auf Inhalte auf einer bestimmten Domain zu verhindern, müsste also lediglich der DNS-Server derart manipuliert werden, dass er bei einer Anfrage zu einer zu sperrenden Domain nicht mit der zugehörigen IP-Adresse, sondern entweder gar nicht oder aber mit der IP-Adresse eines anderen Angebots (z.B. einer „Stopp-Seite“) antwortet. Dafür müsste der DNS-Server so konfiguriert werden, dass er auf in einer Sperrliste enthaltene (voll qualifizierte) Domainnamen in der dargestellten Weise reagiert.

Diese Methode der Sperrung ist vergleichsweise einfach zu realisieren, denn sie verursacht am wenigsten Performanceeinbußen für die Internetkommunikation und dürfte auch die kostengünstigste Variante sein.⁴⁷ Probleme ergeben sich dagegen bei dieser Art der Sperrung insbesondere durch das grobe Filterraster. Da als Filter lediglich der vollqualifizierte Domainname eingesetzt wird, besteht die Gefahr, dass unbeabsichtigt legale Kommunikationsinhalte als ‚Beifang‘ mit gesperrt werden (sog. Over-Blocking).

Ein weiterer Nachteil dieser Methode ist die vergleichsweise leichte Umgehungsmöglichkeit. Umgehen lässt sich eine DNS-Sperre am einfachsten durch die direkte Verwendung der IP-Adresse. Mit zu vernachlässigendem Aufwand dürfte es sogar technisch vollkommen unversierten Nutzern möglich sein, einen alternativen (insbes. ausländischen) DNS-Server für die Internetkommunikation zu verwenden.⁴⁸ Daneben ist eine solche Sperrung auch durch die Verwendung von sog. Anonymisierungsdiensten und ähnlichen Proxy-Lösungen oder http-Tunneln zu umgehen.⁴⁹

Letztere Umgehungsmöglichkeiten stehen dem Nutzer auch bei der Router-Sperrung zur Verfügung. Die Routing-Tabellen des Routers werden bei dieser Methode dahingehend manipuliert, dass für Anfragen an bestimmte Ziel-IP-Adressen das Routing vollständig versagt wird oder aber auf ein anderes Angebot (z.B. eine „Stopp-Seite“) umgeleitet wird.⁵⁰ Ferner wird noch der Einsatz eines Zwangs-Proxy-Servers diskutiert. Mit der Umleitung des gesamten Internetverkehrs über einen bestimmten Proxy-Server könnte

⁴⁷ *Süme*, Stellungnahme vom 12.02.2008, S. 5.

⁴⁸ vgl. LG Kiel, MMR 2008, 123 mit Anmerkung *Schnabel*; CCC, Anleitung zur Konfiguration der DNS-Einstellungen.

⁴⁹ *Pfitzmann/Köpsell/Kriegelstein*, Sperrverfügungen gegen Access-Provider, Technisches Gutachten im Auftrag der KJM, S. 53; *Nolde/Sieber*, Sperrverfügungen im Internet, Juristisches Gutachten im Auftrag der KJM, S. 187; Vgl. Videoanleitung zur Einrichtung eines VPN-Tunnels, <http://www.youtube.com/watch?v=1svOjI8sv3Y&feature=channel>, zuletzt abgerufen am 04.11.2010.

⁵⁰ *Nolde/Sieber*, Sperrverfügungen im Internet, Juristisches Gutachten im Auftrag der KJM, S. 50.

man so eine gezielte Inhaltsanalyse aller Datenpakete durchführen, sogenannte Deep Packet Inspection.⁵¹ Somit könnte beispielsweise auch die in den Anfragen enthaltene URL ausgelesen werden.⁵² Der Einsatz der Proxy-Lösung verzeichnet eine vergleichsweise hohe Zielgenauigkeit, die aus der Verwendung der URL als Sperrkriterium resultiert und reduziert damit den Beifang anderer Inhalte.⁵³ Wie auch bei allen anderen Sperrungsmethoden besteht aber auch hier die Möglichkeit, durch Anonymisierungsdienste andere Proxy-Lösungen oder http-Tunnel die Sperre zu umgehen.⁵⁴

Gemeinsam ist allen aufgeführten Methoden, dass ihre Effektivität entscheidend von der Qualität der verwendeten Blacklist abhängt. Je nach Umfang einer entsprechenden Liste ist schon allein ein enormer Wartungsaufwand zu erwarten, der durch die Überprüfung entsteht, ob die aufgeführten Identifikationsmerkmale (VQDN, IP, URL) von einmal in die Liste aufgenommenen Angeboten sich überhaupt noch auf kinderpornographische Angebote beziehen. Zudem liegt die Schwäche einer Sperrung mittels Blacklist schon in ihrer ausnahmslos reaktiven Funktionsweise: Eine Aufnahme in die Sperrliste kann erst nach Lokalisierung der Angebote erfolgen.

In Anbetracht der dargestellten Nachteile aller Sperrmethoden und insbesondere vor dem Hintergrund der spielend einfachen Umgehungsmöglichkeiten fehlt es den im ZugerschwG vorgesehenen technischen Mitteln an der Praxistauglichkeit, den in der effektiven Zugangsverhinderung liegenden Zweck zu erreichen oder zumindest hinreichend zu unterstützen. Eine Förderung des angestrebten Zwecks ist den Netzsperrern – wenn überhaupt – nur in sehr geringem Maße zuzusprechen.⁵⁵ Die Wirkung erschöpft sich darin, dass der Zugang zu kinderpornographischen Inhalten im Internet (soweit Vertrieb und Konsum überhaupt auf diesem Wege erfolgen) für Konsumwillige minimal verzögert wird (von „Erschwerung“ kann man angesichts der überaus leichten Umgehung der Sperren nicht sprechen): Wer dieses Material ernsthaft sucht (und das sind die relevanten Konsumenten auf diesem „Markt“), findet es auch. Lediglich der zufällige Aufruf inkriminierter Seiten (etwa über eine Verlinkung der Seite) wird über die Sperre effektiv verhindert. Außerdem werden solche Inhalte in der Weise durch ein „Stoppzeichen markiert“, dass die Rechtsordnung damit ihre Missbilligung zum Ausdruck bringen kann.

Der Zweck einer (wirksamen) Bekämpfung des Kindesmissbrauchs wird damit praktisch nicht erreicht. Weder wird dadurch der Missbrauch unterbunden noch werden Vertrieb und Konsum des Bild- und Videomaterials verhindert. Wirkungen zeigt das Gesetz nicht in Verbrecherkreisen (die sich ja nicht einmal durch hohe Strafandrohungen

⁵¹ Vgl. auch *Wieduwilt*, FAZ.net, Beitrag v. 05.01.2010, <http://www.faz.net/s/Rub4C34FD0B1A7E46B88B0653D6358499FF/Doc~E4D50C573417D4A1CBEEB93BF26AC1033~ATpl~Ecommon~Scontent.html>, zuletzt abgerufen am 04.11.2010

⁵² *Nolde/Sieber*, Sperrverfügungen im Internet, Juristisches Gutachten im Auftrag der KJM, S. 51.

⁵³ *Nolde/Sieber*, Sperrverfügungen im Internet, Juristisches Gutachten im Auftrag der KJM, S. 189.

⁵⁴ *Nolde/Sieber*, Sperrverfügungen im Internet, Juristisches Gutachten im Auftrag der KJM, S. 190.

⁵⁵ So auch *Höhne/Dienst*, jurisPR-ITR 13/2009, Anm. 6; *Schnabel*, JZ 2009, 996; *Spoenle*, jurisAnwZertOnline-ITR 17/2009, Anm. 2; *Stadler*, Netzsperrern: Warum das Zugangserschwerungsgesetz verfassungswidrig ist, Internet-Law v. 04.11.2010, abrufbar unter <http://www.internet-law.de/2010/11/netzsperrern-warum-das-zugangserschwerungsgesetz-verfassungswidrig-ist.html>, zuletzt abgerufen am 05.11.2010.

abhalten lassen), sondern allenfalls bei solchen Nutzern, die mehr oder weniger zufällig auf solche Seiten geraten. Diesen würde möglicherweise (auch das wäre noch empirisch zu untersuchen) der Unterschied zwischen strafbaren und nicht strafbaren pornographischen Darstellungen „vor Augen geführt“. So mag sich die Anzahl der Betrachter möglicherweise minimal verringern.

Dem stehen Risiken und Nebenwirkungen gegenüber, die allerdings nicht bei der Prüfung der Geeignetheit, sondern erst bei der weiteren Verhältnismäßigkeitsprüfung relevant werden.

Fraglich ist unterdessen, wie sich der Umstand, dass ein gesetzlich vorgesehene Mittel zur Zweckerreichung nahezu ungeeignet ist, in verfassungsrechtlicher Hinsicht auswirkt. Das BVerfG hat in seiner Rechtsprechung stets betont, dass bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Geeignetheit der Nachweis nicht erforderlich ist, dass der angegebene Zweck durch das eingesetzte Mittel vollständig erreicht wird. Vielmehr genüge es, dass das Mittel die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass der angestrebte Erfolg zumindest teilweise eintritt.⁵⁶ Die Anforderungen an die verfassungsrechtliche Geeignetheit sind infolgedessen nur sehr gering. Darüber hinaus betont der EuGH im Bereich der europäischen Grundrechte, jedenfalls bei wirtschaftlich komplexen Sachverhalten, regelmäßig den weiten politischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und begnügt sich dann mit der Feststellung, dass die getroffenen Maßnahmen nicht offensichtlich ungeeignet sind.⁵⁷

Unter dieser Prämisse dürfte auch ein nur in sehr beschränktem Maße praktisch geeignetes Mittel als in verfassungsrechtlicher Hinsicht geeignet einzustufen sein. Das Risiko, dass das Bundesverfassungsgericht das ZugErschwG an der Geeignetheit des Mittels scheitern lässt, ist deshalb gering. Ob es allerdings rechtspolitisch geboten erscheint, die geringe Eignung (auch angesichts möglicher Risiken und Nebenwirkungen des Gesetzes) zum Anlass für eine Aufhebung zu nehmen, steht auf einem anderen Blatt.

4. Erforderlichkeit des ZugErschwG

Fraglich ist weiterhin, ob das ZugErschwG zur Erreichung des legitimen Zweckes erforderlich ist. Die Erforderlichkeit beinhaltet das Gebot, dass der Staat aus den zur Erreichung des Zweckes gleich gut geeigneten Mitteln das mildeste, also das die geschützte Rechtsposition am wenigsten beeinträchtigende Mittel wählt. Deshalb wird dieses Element des Übermaßverbotes auch als Grundsatz der Wahl des mildesten Mittels bezeichnet.⁵⁸

⁵⁶ Vgl. BVerfGE 16, 147 ff. (183); 30, 292 ff. (316); 33, 171 ff. (187); 67, 151 ff. (173 ff.); 96, 10 ff. (23 ff.).

⁵⁷ EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973, Rn. 91 ff. (Deutschland/Rat); Rs. C-491/01, Slg. 2002, I-11 453, Rn. 123 (British American Tobacco (Investments) und Imperial Tobacco); Verb. Rs. C453/03, C11/04, C12/04 u. C194/04, n. n. i. Slg., Rn. 69 (ABNA u. a.).

⁵⁸ Grzeszick, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: April 2010, Art. 20 Rn. 113.

a) Keine Erforderlichkeit der Sperrung von Inhalten auf inländischen Servern

Als milderes Mittel gegenüber der Sperrverpflichtung gegenüber Access-Providern kommt eine Löschungsverpflichtung gegenüber Content- oder Host-Providern in Betracht.

Die Inanspruchnahme der Access-Provider zur Umsetzung der Zugangserschwerung ist eine Verpflichtung von Nicht-Verantwortlichen.⁵⁹ Durch unvermeidbare „Overblocking-Effekte“ werden zugleich nicht-verantwortliche Dritte in ihren Grundrechten (Meinungsfreiheit, Informationsfreiheit, usw.) eingeschränkt. Ein milderes Mittel ist insofern im Vorgehen gegen die tatsächlich strafrechtlich verantwortlichen Content- oder Host-Provider auszumachen („Löschen statt Sperren“). Fraglich ist, ob es sich dabei auch um ein gleich wirksames Mittel handelt. Insofern muss unterschieden werden, ob der Zugriff auf solche Provider erfolgen soll, die dem Zugriff der deutschen Justiz unterliegen, oder eben jene, denen gegenüber Zwangsmaßnahmen nur unter Zuhilfenahme internationaler Rechtshilfe, wenn überhaupt, möglich sind.

Für auf deutschen Servern befindliche Angebote, die der nationalen Strafverfolgung unmittelbar zugänglich sind, liegt im Vorgehen gegen die tatsächlich strafrechtlich verantwortlichen Content- oder Host-Provider nicht nur ein gleich geeignetes, sondern sogar ein wirksameres milderes Mittel. Ein behördlicher Zugriff auf Content- oder Host-Provider ist hier ohne Probleme möglich. Möglichkeiten der Löschung bzw. Beschlagnahme kinderpornographischer Angebote bestehen nicht nur im Rahmen der präventivpolizeilichen Eingriffsbefugnisse. In der Verbreitung kinderpornographischen Materials im Internet liegt ein Verstoß gegen die Öffentliche Sicherheit vor, der sowohl die Durchsuchung als auch die Löschung bzw. die Beschlagnahme der kinderpornographischen Angebote rechtfertigt. Entsprechende Durchsuchungs- und Beschlagnahmefugnisse ergeben sich zusätzlich nach den repressiven Vorschriften der Strafprozessordnung, §§ 102, 105 StPO.

Das Löschen eines kinderpornographischen Inhalts ist insoweit immer ohne rechtsstaatlich relevanten Zeitverzug durchsetzbar. Zugangserschwerungen bei Inlandssachverhalten stehen daher mit dem verfassungsrechtlichen Gebot der Erforderlichkeit nicht in Einklang.⁶⁰ Eine Zugangserschwerung durch Inanspruchnahme nicht-verantwortlicher Access-Provider ist in diesen Fällen nicht erforderlich. Ebenso ist es insoweit nicht erforderlich, die Einschränkung der Grundrechte nicht-verantwortlicher Dritter in Kauf zu nehmen. Der Subsidiaritätsgrundsatz in § 1 Abs. 2 Satz 1 ZugErschwG ist verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass entsprechende Löschmaßnahmen im Inland stets vorrangig sind, was einer Aufnahme entsprechender Fälle in die Sperrliste entgegensteht.

b) Vorrang von Löschversuchen bei Inhalten auf ausländischen Servern

Für Angebote, auf deren Betreiber im Rahmen von internationalen Abkommen Zugriff besteht oder bei denen Löschungsanfragen erfolgversprechend sind, kommt eine Ver-

⁵⁹ Vgl. dazu insbesondere die Wertung der §§ 7-10 TMG.

⁶⁰ Vgl. Frey/Rudolph, CR 2009, 644, 648.

pflichtung der Access-Provider ebenfalls nicht in Betracht. Insofern gilt auch hier ein strenger Subsidiaritätsgrundsatz.⁶¹ Die Zugängerschwerung ist ultima ratio.

Besteht auf im Ausland befindliche Content- oder Host-Provider keine Zugriffsmöglichkeit oder versprechen Löschungsanfragen an ausländische Provider oder Behörden nicht in angemessener Zeit oder überhaupt keinen Erfolg, so handelt es sich dabei nicht um ein gleich wirksames Mittel. Nur für diese Fallgruppe ist die Sperrmaßnahme ein „erforderliches“ Mittel, wobei sich die Erforderlichkeit wiederum nur aus der sehr engen Zwecktauglichkeit ergibt, die im Rahmen der Geeignetheit dargestellt wurde: Soweit man etwa den Gelegenheitssurfer vom Anblick entsprechenden Bild- und Videomaterials bewahren will, mag eine Sperrung erforderlich sein, wenn und soweit ein Löschversuch erfolglos ist.

c) Keine Erforderlichkeit von Verweissperren

Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 letzter HS. ZugErschwG soll auch eine Verweissperrung vorgenommen werden. So dürfen sowohl Telemedienangebote, die Kinderpornographie nach § 184b des Strafgesetzbuchs enthalten, als auch Telemedienangebote, deren Zweck lediglich darin besteht, auf derartige Telemedienangebote zu verweisen, Gegenstand der Sperrung werden.

Die Sperrung von Seiten, die nur zufällig oder sporadisch auf (ohnehin gesperrte!) Angebote verweisen, kann unter Umständen zu einer erheblichen Einschränkung der Grundrechte nicht-verantwortlicher Dritter (Meinungsfreiheit, Informationsfreiheit, usw.) führen. Ein milderer, gleich wirksames Mittel läge darin, die auf der verweisenden Webseite verlinkten kinderpornographischen Angebote ihrerseits in die Sperrliste aufzunehmen (soweit das nicht ohnehin bereits geschehen ist). Sodann besteht jedoch keine Notwendigkeit mehr, die verweisende Website selbst zu sperren. Eine andere Betrachtungsweise könnte nur für solche Webseiten gelten, deren ausschließlicher oder überwiegender Zweck darin besteht, auf kinderpornographische Angebote zu verweisen. Unter Berücksichtigung eines solchen, strengen Subsidiaritätsgrundsatzes müsste § 1 Abs. 1 Satz 1 letzter HS verfassungskonform ausgelegt werden.

5. Angemessenheit des ZugErschwG

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist schließlich zu untersuchen, ob das Regelwerk angemessen (verhältnismäßig i.e.S.) ist. Dies erfordert eine Abwägung.⁶² Eine gesetzliche Regelung ist immer dann unangemessen, wenn die Wertigkeit des mit ihr verfolgten Ziels gegenüber der Belastung durch den mit ihr verbundenen Eingriff außer Verhältnis steht⁶³, wenn die mit einer Maßnahme verbundenen Vorteile also die mit ihr verbundenen Nachteile überwiegen.⁶⁴

⁶¹ So auch *Bäcker*, Stellungnahme zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen, Ausschussdrucksache 16(9)1554, 26.05.2009.

⁶² *Sieber*, JZ 2009, 653, 655.

⁶³ *Stern*, in: ders., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, III/2, 1994, S. 782.

⁶⁴ *Stern*, in: ders., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, III/2, 1994, S. 783.

Im Kontext des ZugErschwG kann auf der einen Seite dessen Gesamt-Zielsetzung, welche auf einen Schutz der Menschenwürde der bereits viktimisierten Kinder gerichtet ist, in die Waagschale geworfen werden.⁶⁵ Die Menschenwürde darf durch den Staat nicht verletzt werden. Sie ist im Falle einer Eingriffshandlung des Staats mit keinem Grundrecht oder sonstigen Verfassungswert abwägungsfähig.⁶⁶ Im vorliegenden Zusammenhang muss allerdings berücksichtigt werden, dass die Würdeverletzung gerade nicht vom Staat ausgeht, sondern von deliktisch handelnden Privatpersonen (ggf. auch juristischen Personen des Privatrechts) begangen wird. Dieser Würdeverletzung hat der Staat im Rahmen der Wahrnehmung seiner Schutzpflichten angemessen zu begegnen. Im Rahmen der insoweit anzustellenden Angemessenheitsabwägung steht dem Staat aber ein Gestaltungsspielraum zu.

Auf der anderen Seite sind die Eingriffstiefe und die erhebliche Gefährdung grundrechtlich geschützter Positionen, die von der Zugangserschwerung ausgehen, zu berücksichtigen.⁶⁷ Besondere Aufmerksamkeit ist hier auf die bei allen Sperrmethoden in mehr oder weniger großem Umfang zwangsläufig auftretenden sog. „Overblocking-Effekte“ zu legen, die eine unvermeidliche Mitsperrung legaler Inhalte neben nach § 184b StGB strafbaren kinderpornographischen Angeboten mit sich bringen.⁶⁸ Das ZugErschwG vermittelt damit regelmäßig nicht nur Eingriffe in die Berufsfreiheit und Eigentumsfreiheit der Internetzugangsanbieter. Insbesondere sind auch das Recht auf Meinungsfreiheit bzw. die allgemeine Handlungsfreiheit der Anbieter legaler Inhalte betroffen. Darüber hinaus wird schließlich auch in die Informationsfreiheit und das Fernmeldegeheimnis unbescholtener Internetnutzer eingegriffen.⁶⁹

Hier muss auch ins Gewicht fallen, dass der Maßnahme im Hinblick auf den verfolgten Zweck nur eine äußerst beschränkte Eignung attestiert werden konnte.⁷⁰ Zwar bestehen Schutzpflichten des Staates gegenüber seinen Bürgern, wenn Übergriffe in grundrechtlich geschützte Rechtsgüter von privater Hand erfolgen. Gleichwohl ist der Staat nicht verpflichtet, zum Schutze der Schwächeren über seine faktischen Möglichkeiten hinaus tätig zu werden. Er muss – und darf – eben nicht jedes Mittel ergreifen, sondern allenfalls ein (auch unter Berücksichtigung der vorhandenen personellen Kapazitäten und der finanziellen Möglichkeiten) zwecktaugliches Mittel.

⁶⁵ *Tinnefeld*, DuD 2010, 15, 16; *Sieber*, JZ 2009, 653, 655.

⁶⁶ *Dreier*, in: ders., Grundgesetz, Band I, 2. Aufl. 2004, Art. 1 Rn. 44; *Häberle*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band 2, 2004, § 22 Rn. 56; *Hillgruber*, in: Epping/Hillgruber, GG, 2009, Art. 1 Rn. 11; zur Gefahr der Herabwertung der Menschenwürde durch übermäßigen Gebrauch *Merten*, in: Papier, Handbuch der Grundrechte, Band III, 2009, § 68 Rn. 27; a.A. *Kloepfer*, JZ 2002, 417, 420 ff. und *Herdegen*, JZ 2001, 773, 774 f.

⁶⁷ Vgl. *Stadler*, MMR 2009, 581, 582; *Leutheusser-Schnarrenberger*, K&R 1/2010, Editorial; *Höhne/Dienst*, jurisPR-ITR 13/2009, Anm. 6; *Spoenle*, AnwZert-ITR 17/2009, Anm. 2; *Sieber*, JZ 2009, 653, 654.

⁶⁸ *Sieber*, JZ 2009, 653, 657; vgl. *Stadler*, <http://www.internet-law.de/2010/11/netzsperrn-warum-das-zugangserschwerungsgesetz-verfassungswidrig-ist.html>, zuletzt abgerufen am 05.11.2010.

⁶⁹ *Tinnefeld*, DuD 2010, 15, 17; *Rehart*, MMR-Aktuell 2010, 303415; zur Einschränkung des Fernmeldegeheimnisses ebenfalls *Frey/Rudolph*, CR 2009, 644, 645.

⁷⁰ *Stadler*, <http://www.internet-law.de/2010/11/netzsperrn-warum-das-zugangserschwerungsgesetz-verfassungswidrig-ist.html>, zuletzt abgerufen am 05.11.2010.

Zudem kann gegen die Angemessenheit des ZugErschwG angeführt werden, dass sich der Gesetzgeber bisher nur unzureichend mit der Problematik befasst hat, „dass das Gesetz einen gegenläufigen Effekt bewirken und die Verbreitung von Kinderpornographie sogar noch fördern könnte.“⁷¹ Insofern sind mit den im ZugErschwG vorgesehenen Maßnahmen nicht nur Nachteile für Anbieter und Nutzer legaler Inhalte sowie für Provider verbunden, sondern auch gewichtige Nachteile für den Kinder- und Opferschutz zu befürchten. Hier ist zu beachten, dass die avisierte Sperrinfrastruktur die Suche nach entsprechendem Material vereinfachen kann, weil aus den leicht auffindbaren „Stopp-schildern“ „Linklisten“ als „Surfempfehlung“ für Interessierte generiert werden können, die wiederum in für den Durchschnittsnutzer nicht ohne Weiteres zugänglichen Bereichen des Internet kursieren könnten. Auch könnten unvermittelt auftauchende „Stopp-schilder“ den Betreibern dieser Inhalte als Warnung dienen, dieses Angebot zu verlagern. Schließlich wird befürchtet (was allerdings noch zu erforschen wäre), dass der erfolgreiche Aufbau einer Sperrinfrastruktur den politischen Blick auf den ungebrochen tausendfach vorkommenden Kindesmissbrauch verstellen könnte, weshalb wirksamere Bekämpfungsmaßnahmen unterbleiben könnten: „Aus den Augen, aus dem Sinn“⁷².

Das legitime Ziel einer effektiven Verhinderung des Austauschs von kinderpornographischem Material im Internet, um den „kommerziellen Massenmarkt“ auszubremsen, wird durch Internetsperren nicht erreicht. Das Gesetz erfasst ohnehin nur einen geringen Anteil dieses Marktes. Wie die Sachverständigenanhörung im Unterausschuss Neue Medien des Deutschen Bundestages am 25.10.2010 gezeigt hat, erfolgt der überwiegende Teil des Vertriebs über Peer-to-Peer-Netzwerke bzw. die direkte Eingabe bekannter IP-Adressen, soweit nicht ohnehin der klassische Postweg gewählt wird. DNS-Sperren knüpfen demgegenüber an der Eingabe von Domains an, um deren Auflösung in die Zieladresse zu verhindern. Dass genau dies leicht umgangen werden kann, zeigen zahlreiche „Anleitungen“ im Internet, die ihre Konjunktur ausgerechnet der Diskussion um Netzsperrern verdanken. Der „relevante Markt“ bleibt also unbehelligt, betroffen sind im Wesentlichen solche Internetnutzer, die weder ein Interesse an diesen Angeboten haben noch die Nachfrage ankurbeln. Der Rest ist Symbolik.

Somit bestehen erhebliche Zweifel an der Angemessenheit und damit an der Verhältnismäßigkeit des ZugErschwG insgesamt.

6. Vereinbarkeit des ZugErschwG mit allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen

Problematisch scheint zudem, ob die Ausgestaltung des ZugErschwG nicht in Konflikt mit allgemeinen Rechtsstaatsprinzipien gerät.

⁷¹ Stadler, MMR 2009, 581, 582; Sieber, JZ 2009, 653, 657; Zudem erfährt ein Nutzer, der auf der Stopp-Seite landet, dass die Adresse, die er eingegeben hat, auf der Liste steht, Tinnefeld, DuD 2010, 15, 18; auch könnte die Strafverfolgung dadurch behindert werden, dass Kriminelle durch die Einrichtung der Sperre gewarnt werden, Spoenle, AnwZert-ITR 17/2009, Anm. 2.

⁷² Vgl. statt Vieler http://www.chip.de/news/Kinderporno-Debatte-Loeschen-statt-verstecken_36659143.html.

a) Verstoß gegen Bestimmtheitsgebot

Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips, Art. 20 Abs. 3 GG, ist das Gebot der ausreichenden Bestimmtheit von Normen. Es zielt darauf ab, dass dem Bürger die Möglichkeit gegeben wird, sein Verhalten auf die Rechtsnormen einzustellen. Normen müssen hinreichend bestimmt formuliert sein, um die Folgen der Regelung für den Normadressaten so vorhersehbar und berechenbar zu gestalten, damit dieser sein Verhalten danach ausrichten kann. Außerdem dient das Gebot hinreichender Bestimmtheit dazu, der Verwaltung angemessen klare Handlungsmaßstäbe vorzugeben und eine hinreichende gerichtliche Kontrolle zu ermöglichen.⁷³

Kritisch zu hinterfragen ist im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot die Formulierung des § 1 Abs. 1 letzter HS. ZugErschwG, wonach auch solche Telemedienangebote in die Sperrliste aufgenommen werden dürfen, „deren Zweck lediglich darin besteht“, auf Telemedienangebote zu verweisen, die Kinderpornographie nach § 184b des Strafgesetzbuchs enthalten.

Es bleibt unklar, wie das Kriterium des „Zwecks“ einer Verweisung allgemein auszulegen ist. Ein vorwiegend journalistisches Angebot, welches sich kritisch mit einem vermeintlich kinderpornographischen Inhalt auseinandersetzt, könnte demnach genauso gut als diesem „Zweck“ dienend angesehen werden wie ein Angebot, welches sich der ausschließlichen Auflistung kinderpornographischer Angebote für Konsumenten einschlägigen Materials widmet.⁷⁴ Aus Gesetz und Begründung geht ebenso wenig hervor, wie der Begriff „Verweis“ auszulegen ist. Dieses Kriterium könnte bspw. bereits bei einer Auflistung erfüllt sein, deren Inhalte nicht „anklickbar“ sind, jedoch genauso gut erst durch einen „ausführbaren“ Hyperlink. Fraglich ist auch, welche „Link-Tiefe“ für die Annahme eines tatbestandlichen „Verweises“ ausreichend ist (direkter Verweis auf ein Angebot mit inkriminierten Inhalten oder Verweis auf ein Angebot, das seinerseits wiederum auf ein Angebot mit inkriminierten Inhalten verweist).

b) Verstoß gegen Wesentlichkeitstheorie

Anhand der Wesentlichkeit wird nicht nur beurteilt, ob ein parlamentarisches Gesetz erforderlich ist, sondern zugleich die erforderliche Regelungsdichte des Gesetzes bestimmt. Mit zunehmender Wesentlichkeit der Entscheidung nimmt auch die erforderliche Regelungsdichte des Gesetzes zu. Damit erhält der Gesetzesvorbehalt nicht nur eine Zuordnung zum parlamentarischen Gesetzgeber, sondern zugleich ein Delegationsverbot. Der Gesetzgeber muss das Wesentliche selber im Gesetz regeln und kann es nicht durch eine pauschale gesetzliche Ermächtigungsregelung auf die Exekutive delegieren.⁷⁵

Das ZugErschwG lässt den Access-Providern die freie Wahl, ob sie die Zugangserschwerungen anhand IP-Adressen, Domainnamen oder URL vornehmen, § 2 Abs. 2 Satz 1 ZugErschwG. Diese „Technikneutralität“ der Formulierung ist eine bewusste Entscheidung

⁷³ Grzeszick, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: April 2010, Art. 20 Rn. 58.

⁷⁴ Vgl. Frey, Stellungnahme vom 26.05.2009, S. 7.

⁷⁵ Grzeszick, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: April 2010, Art. 20 Rn. 106.

des Gesetzgebers, um der „rasanten Fortentwicklung der Technik“ Rechnung zu tragen.⁷⁶

Jede dieser Varianten führt aber zu jeweils unterschiedlich starken Eingriffen in teils unterschiedliche Grundrechte. Zwar wird man nicht fordern können, dass der Gesetzgeber auch bei komplexen technischen Zusammenhängen alle Entscheidungen selbst trifft.⁷⁷ Dies wäre vermutlich auch eher kontraproduktiv. Ein Gesetz, das Private zu Eingriffen in Grundrechte Dritter verpflichtet, muss allerdings auch in technischer Hinsicht konkret genug formuliert sein, um Art und Umfang der Grundrechtseingriffe klar vorhersehbar zu machen. Die Wahl des technischen Mittels zur Zugangserschwerung hat folglich bezüglich der ausreichenden Bestimmtheit auch verfassungsrechtliche Relevanz. Sie darf nicht einem privaten Access-Provider überlassen werden.⁷⁸ Fragestellungen von solcher Grundrechtsrelevanz können Privaten nicht zur Entscheidung übertragen werden, sondern sind nach der von dem BVerfG entwickelten Wesentlichkeitstheorie durch den Gesetzgeber zu entscheiden.⁷⁹

c) Verstoß gegen Richtervorbehalt

In seinem Urteil zur Online-Durchsuchung⁸⁰ forderte das BVerfG für Eingriffe in das neue Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme „eine vorbeugende Kontrolle durch eine unabhängige Instanz“. Der dem Gesetzgeber insoweit eingeräumte Entscheidungsspielraum „bei der Entscheidung über die kontrollierende Stelle und das anzuwendende Verfahren“ reduziere sich dabei bei einem „Grundrechtseingriff von besonders hohem Gewicht“ dahingehend, dass die Maßnahme „grundsätzlich unter den Vorbehalt richterlicher Anordnung zu stellen“ sei.⁸¹

Ins Gewicht fällt bei der Beurteilung der grundrechtlichen Relevanz der durch das ZugErschwG vorgesehenen Verpflichtung für Zugangsanbieter zur Sperrung kinderpornographischer Inhalte, dass neben dem Telekommunikationsgeheimnis der Nutzer (Art. 10 GG) und der Berufsfreiheit bzw. der Eigentumsgarantie der Zugangsanbieter und Webseitenbetreiber (Art. 12, 14 GG) vor allem auch die Meinungs-, Presse-, Informations-, Kunst- und Wissenschaftsfreiheit unbescholtener Nutzer und Betreiber von Webseiten legalen Inhalts (Art. 5 GG) betroffen sein können. Den Zugangsanbietern kommt in unserer heutigen Gesellschaft nicht nur im Hinblick auf die Informationsbeschaffung der Bürger, sondern auch für ihre berufliche und wirtschaftliche Betätigung eine herausragende Rolle zu. Insbesondere Maßnahmen, die auch legale Informationen und Angebote treffen, führen zu schwerwiegenden Eingriffen in die Grundrechte von unbeteiligten Dritten. Die verfahrensrechtlichen Anforderungen des BVerfG dürften sich insofern auch auf die vorliegende Problematik anwenden lassen.⁸²

⁷⁶ BT-Drs. 16/12850, S. 6.

⁷⁷ Vgl. BVerfGE 51, 1 (12); 79, 106 (120).

⁷⁸ Kahl, SächsVBl 2010, 180, 184; Schnabel, JZ 2009, 996, 998 f.; Spoenle, AnwZert-ITR 17/2009, Anm. 2; Frey/Rudolph, CR 2009, 644, 647.

⁷⁹ Frey/Rudolph, CR 2009, 644, 649.

⁸⁰ BVerfG, Urt. v. 27.02.2008 - 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 (Online-Durchsuchung).

⁸¹ Durner, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: April 2010, Art. 10, Rn. 153.

⁸² Sieber, JZ 2009, 653, 659.

Gerade aber die fehlende Anhörung der Betroffenen und die grundsätzliche Heimlichkeit der durch das Zugangerschwerungsgesetz ermöglichten Maßnahmen sprechen dafür, dass angesichts der Eingriffsintensität die Wahrung der Rechte der Betroffenen nur unter Zwischenschaltung der persönlich und sachlich unabhängigen Richter gewährleistet werden kann. Die Einsetzung eines unabhängigen Expertengremiums, in dem drei der fünf Mitglieder über die Befähigung zum Richteramt verfügen müssen, ist keine ausreichende Alternative. Zum einen gewährleistet die bloße Befähigung zum Richteramt höchstens einen gewissen Grad juristischer Qualifikation, keinesfalls aber die notwendige Unabhängigkeit. Zum anderen ist nur eine nachträgliche, bloß stichprobenartige Kontrolle der Sperrliste vorgesehen. Eine Begründungspflicht für Entscheidungen des Expertengremiums ist ebenfalls nicht vorgesehen. Gemäß § 9 ZugErschwG prüft das Expertengremium außerdem nur, ob die Einträge auf der Sperrliste die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 ZugErschwG erfüllen. Die Einhaltung des wichtigen Subsidiaritätsgrundsatzes („Löschen vor Sperren“), § 1 Abs. 2, 3 ZugErschwG, ist von der Überprüfungscompetenz dagegen nicht erfasst.

In Anbetracht dieser verfahrensrechtlichen Ausgestaltung des ZugErschwG dürfte es den vorstehenden Kriterien des BVerfG nicht gerecht werden.⁸³

d) Verstoß gegen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz

Art. 19 Abs. 4 GG garantiert die Zugänglichkeit des Rechtswegs und die Wirksamkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes. Der Rechtsschutzsuchende hat einen „substantiellen Anspruch auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle.“⁸⁴

Diesen Anspruch der Betroffenen auf effektiven Rechtsschutz beschneidet das Zugangerschwerungsgesetz in unzulässiger Weise.⁸⁵ So sieht § 8 ZugErschwG vor, dass ein Content-Provider grundsätzlich nicht über die Sperrung seiner Seite informiert wird. Er bekommt erst im Nachhinein und auch nur dann eine Auskunft des Bundeskriminalamts, wenn er ein berechtigtes Interesse darlegt.⁸⁶ Zudem ist nicht vorgesehen, dem Content-Provider mitzuteilen, aufgrund welcher Annahmen und Unterlagen sein Angebot in die Liste aufgenommen wurde.⁸⁷ Eine zweckmäßige Verteidigung gegen die Sperrung wird hierdurch nahezu unmöglich.

e) Fehlende Verwaltungskompetenz

Grundsätzlich führen die Länder die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus. Der Bund kann für die Verwaltung eigene Behörden nur dann einsetzen, wenn das Grundgesetz dafür eine Verwaltungskompetenz vorsieht, Art. 83 GG. Soll eine Sperrliste – wie in § 1 ZugErschwG vorgesehen – von einer Bundesbehörde (hier: Bundeskriminalamt) geführt werden, bedarf es dazu folglich einer solchen Verwaltungskompetenz.⁸⁸

⁸³ So auch *Sieber*, JZ 2009, 653, 659; *Frey/Rudolph*, CR 2009, 644, 648f.

⁸⁴ *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: April 2010, Art. 19 Abs. 4 Rn. 229.

⁸⁵ Vgl. *Kahl*, SächsVBl. 2010, 180, 184; für eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und auf ein faires Verfahren plädierend, *Sieber*, JZ 2009, 653, 661.

⁸⁶ *Spoenle*, AnwZert-ITR 17/2009, Anm. 2.

⁸⁷ *Frey/Rudolph*, CR 2009, 644, 649.

⁸⁸ *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: April 2010, Art. 83, Rn. 1-5.

Gemäß Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG kann der Bund Zentralstellen für das polizeiliche Auskunfts- und Nachrichtenwesen und für die Kriminalpolizei einrichten. Nach § 2 BKAG ist das Bundeskriminalamt diese Zentralstelle. Eine solche Zentralstelle darf indes regelmäßig nicht „mit präventivpolizeilichen Befugnissen zu unmittelbar außenwirksamen Maßnahmen“⁸⁹ ausgestattet werden. Die Funktion der Zentralstelle erschöpft sich im Bereich der Gefahrenabwehr in der Unterstützung der kriminalpolizeilichen Tätigkeit der Länderpolizeibehörden. Das ZugErschwG sieht jedoch vor, dem BKA das Führen der Sperrliste und folglich die Entscheidung über eine Sperrung in alleiniger Zuständigkeit zu übertragen. Dies ist von der Verwaltungskompetenz des Bundes aus Art. 87. Abs. 1 Satz 2 GG nicht gedeckt.⁹⁰

Gemäß Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG kann der Bund darüber hinaus selbstständige Bundesoberbehörden für Angelegenheiten errichten, in denen ihm die Gesetzgebung zusteht. Im Gegensatz zu seiner Funktion als Zentralstelle könnte das BKA als solche Behörde auch die präventive Aufgabe einer Listenführung übernehmen.⁹¹ Die Einrichtung einer selbstständigen Bundesoberbehörde erfolgt jedoch durch einen ausdrücklichen gesetzlichen Einrichtungsakt.⁹²

Mithin fehlt es an der notwendigen Verwaltungskompetenz.⁹³

7. Fazit

Es bestehen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken gegen das ZugErschwG im Hinblick auf

- die Verhältnismäßigkeit (insbesondere Angemessenheit) von Sperrmaßnahmen,
- den rechtsstaatlichen Grundsatz hinreichender Bestimmtheit,
- den Parlamentsvorbehalt für wesentliche Entscheidungen,
- die Notwendigkeit einer präventiven richterlichen Kontrolle (Richtervorbehalt),
- die Notwendigkeit effizienten nachträglichen Rechtsschutzes,
- die Verwaltungskompetenzen des Bundes.

⁸⁹ *Bäcker*, Stellungnahme vom 26.05.2009 S. 4; Ausnahme: Terrorismusabwehr, Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a.

⁹⁰ So auch *Schnabel*, JZ 2009, 996, 997; ausführlich dazu *Bäcker*, Stellungnahme vom 26.05.2009 S. 4;

⁹¹ Vgl. *Bäcker*, Stellungnahme vom 26.05.2009, S. 4.

⁹² Vgl. *Bäcker*, Stellungnahme vom 26.05.2009, S. 4; *Lerche*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: April 2010, Art. 87 Rn. 172 ff.

⁹³ So auch *Schnabel*, JZ 2009, 996, 997, *Stadler*, MMR 2009, 581, 582; Bedenken bezüglich der Zuständigkeit des BKA teilend *Spoenle*, AnwZert-ITR 17/2009, Anm. 2.

II. Rechtmäßigkeit des an das Bundeskriminalamt gerichteten Erlasses des Bundesministeriums des Innern vom 17.02.2010

Nachdem erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken gegen das ZugErschwG sprechen, ist zu prüfen, ob der Nichtanwendungserlass des Bundesministeriums des Innern vom 17.02.2010 eine taugliche Grundlage für die Nichtanwendung der maßgeblichen Regelungen des ZugErschwG sein kann. In diesem Fall wäre das ZugErschwG in wesentlichen Teilen ausgesetzt und das Vorliegen eines akuten Handlungsbedarfs (im Sinne einer Aufhebung oder Änderung des Gesetzes) könnte durchaus verneint werden. Dieser Handlungsbedarf wäre allerdings dann gegeben, wenn sich der Nichtanwendungserlass als aus rechtlicher Sicht bedenklich herausstellen würde.

Das BKA wurde durch Erlass des BMI vom 17.02.2010⁹⁴ angewiesen⁹⁵

„[...] den in § 1 Abs. 2 ZugErschwG eingeräumten Beurteilungsspielraum dahingehend zu nutzen, dass keine Aufnahme in Sperrlisten erfolgt und Zugangssperren unterbleiben. [...] Diese Verfahrensweise ist erforderlich, um insbesondere den betroffenen ausländischen Stellen die Möglichkeit zu geben, sich auf das Verfahren einzustellen und auf entsprechende Meldungen des Bundeskriminalamts zeitnah durch Löschung der Angebote zu reagieren. Aus diesem Grund sind weder Sperrlisten zu erstellen, noch Sperrlisten an die Internet-serviceprovider zu übermitteln. [...]“

1. Rechtsgrundlage des Erlasses

Obwohl berechtigte Zweifel an der Verwaltungskompetenz des Bundes vorgebracht wurden⁹⁶, ging der Gesetzgeber des ZugErschwG offensichtlich davon aus, das ZugErschwG durch bundeseigene Verwaltung, Art. 86 GG, ausführen zu können. Die Führung der Sperrliste ist dem BKA übertragen, § 1 ZugErschwG. Infolgedessen ist konsequenterweise Art. 86 Satz 1 GG einschlägig. Danach erlässt die Bundesregierung, soweit nicht das Gesetz Besonderes vorschreibt, die allgemeinen Verwaltungsvorschriften.

Die in Art. 86 GG in Verantwortung genommene Bundesregierung ist nicht nur speziell als Kollegium, sondern als Gesamtorgan (in seiner von Art. 65 GG geregelten Binnenfunktionalität) zu begreifen. In diesem Sinne hat sich das Bundesverwaltungsgericht wiederholt für die Zuständigkeit (auch) der Fachminister ausgesprochen.⁹⁷

Gemeint sind in Art. 86 GG nur allgemeine Verwaltungsvorschriften zur Ausführung von Bundesgesetzen durch den Bund. Im Unterschied zu allgemeinen Verwaltungsvorschriften i.S. der Art. 84 Abs. 2 GG und Art. 85 Abs. 2 Satz 1 GG bedürfen die allgemeinen Ver-

⁹⁴ Abrufbar unter <http://blog.odem.org/2010/02/19/Erlass-ZugErschwG.pdf>, zuletzt abgerufen am 04.11.2010.

⁹⁵ Antwort vom 20.10.2010 auf die Kleine Anfrage vom 04.10.2010 der Abgeordneten Dr. Petra Sitte u.a.; BT-Drs. 17/3164 abrufbar unter: <http://blog.die-linke.de/digitalelinke/wp-content/uploads/Antwort-Loeschen-statt-Sperren.pdf>, zuletzt abgerufen am 04.11.2010.

⁹⁶ Vgl. Schnabel, JZ 2009, 996, 997; Stadler, MMR 2009, 581, 582; Bedenken bezüglich der Zuständigkeit des BKA teilend Spoenle, AnwZert-ITR 17/2009, Anm. 2; Bäcker, Stellungnahme vom 26.05.2009, S. 4.

⁹⁷ Ibler, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: April 2010, Art. 86 Rn. 132.

waltungsvorschriften i.S. des Art. 86 Satz 1 GG auch nicht der Zustimmung des Bundesrates, weil der Verwaltungstyp der Bundesverwaltung insoweit nicht in einem föderalen Spannungsfeld steht. Einer besonderen einfachgesetzlichen Ermächtigung der Bundesregierung bedarf es für den Erlass der allgemeinen Verwaltungsvorschriften nach allgemeinen Grundsätzen außer im Fall eines besonders zu begründenden Gesetzesvorbehaltes nicht; eine eigenständige rechtsnormative Grundlage liefert hier bereits Art. 86 GG selbst.⁹⁸

Wie das Verwaltungsrecht allgemein und die Art. 84, 85 GG umfasst auch Art. 86 Satz 1 GG sog. verhaltenslenkende (z.B. norminterpretierende und ermessenssteuernde) allgemeine Verwaltungsvorschriften, die das Verwaltungshandeln inhaltlich leiten. Deren Statthaftigkeit als Instrument der Bundesverwaltung folgt grundsätzlich, soweit es um die unmittelbare Bundesverwaltung durch eigene Behörden des Bundes geht, aus allgemeinen Grundsätzen, die durch Art. 86 GG aber erst der Bundesregierung kompetenziell zugewiesen werden; gegenüber den Trägern der mittelbaren Bundesverwaltung wird die Regierung durch Art. 86 Satz 1 GG besonders ermächtigt.⁹⁹

2. Keine Ermessensvorschrift

Zunächst ist festzuhalten, dass ein Ermessen bezüglich der Frage, ob überhaupt eine Sperrliste geführt werden bzw. diese an die Provider übermittelt werden muss, nach dem insofern eindeutigen Wortlaut des Gesetzes nicht besteht. Gemäß § 1 Abs. 1 ZugErschwG führt das BKA eine Liste über vollqualifizierte Domainnamen, Internetprotokoll-Adressen und Zieladressen von Telemedienangeboten, die Kinderpornographie nach § 184b StGB enthalten oder deren Zweck darin besteht, auf derartige Telemedienangebote zu verweisen (Sperrliste). Es stellt den Diensteanbietern im Sinne des § 2 ZugErschwG täglich zu einem diesen mitzuteilenden Zeitpunkt eine aktuelle Sperrliste zur Verfügung. Dieser Verpflichtung hat das BKA nachzukommen - ganz unabhängig davon, ob die Sperrliste auch tatsächlich Informationen über zu sperrende Internetangebote enthält. Der Wortlaut des Gesetzes („führt“, „stellt“) lässt für ein diesbezügliches Ermessen keinerlei Spielraum. Selbst wenn also überhaupt noch keine Angebote in die Sperrliste aufgenommen werden könnten, bleibt jedenfalls die gesetzliche Pflicht für das BKA eine (ggf. noch leere) Liste vorzuhalten und für die Provider, eine Sperrinfrastruktur einzurichten und zu unterhalten.

3. Fehlgebrauch des Beurteilungsspielraums

Einen Beurteilungsspielraum bietet § 1 Abs. 2 ZugErschwG dagegen in der Tat. Danach erfolgt die Aufnahme in die Sperrliste nur, soweit zulässige Maßnahmen, die auf die Löschung des Telemedienangebots abzielen, nicht oder nicht in angemessener Zeit erfolgversprechend sind.

⁹⁸ *Ibler*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: April 2010, Art. 86 Rn. 137.

⁹⁹ *Ibler*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: April 2010, Art. 86 Rn. 138.

Als eine zulässige, „erfolgversprechende Maßnahme“ in diesem Sinne soll nach Anweisung des BMI die Benachrichtigung des Staates anzusehen sein, in welchem die identifizierten kinderpornographischen Inhalte physikalisch vorgehalten werden. Das BMI legt damit diesen unbestimmten Rechtsbegriff aus und bestimmt ihn für das BKA – als dem BMI nachgeordnete Behörde – bindend.

Zwar darf grundsätzlich eine verbindliche Anweisung durch die vorgesetzte Behörde vorgenommen werden. Fraglich ist allerdings, ob sich die verbindliche Auslegung dabei in den zulässigen Grenzen hält. Das ist schon deswegen zweifelhaft, da gerade auch nach der Gesetzesbegründung davon auszugehen ist, dass sich einige zu sperrende Angebote gerade in solchen Staaten befinden, die einer Löschungsanfrage nicht nachkommen werden.

Den unbestimmten Rechtsbegriff der „angemessenen Zeit“ jedoch im Rahmen einer Auslegung faktisch auf unbestimmte und unbegrenzte Zeit auszudehnen, damit keine Aufnahme in Sperrlisten erfolgen muss, steht mit dem Wortlaut des Gesetzes hingegen keinesfalls im Einklang. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift soll sich der Begriff der „angemessenen Zeit“ eindeutig auf den Versuch erfolgversprechender Lösversuche beziehen. Ist ein Lösversuch jedoch von vornherein nicht erfolgversprechend oder führt die Benachrichtigung des Staates nicht in angemessener Zeit zu einem Erfolg, ist das BKA nach dem Gesetzeswortlaut dazu verpflichtet, das Internetangebot in die Sperrliste aufnehmen. Die Anweisung an das BKA, die Benachrichtigung des Staates, in dem die Kinderpornographie physisch vorgehalten wird, stets als „erfolgversprechende Maßnahme in angemessener Zeit“ anzusehen und damit die Aufnahme in Sperrlisten zu unterlassen, stellt folglich einen Verstoß gegen den Vorrang des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 HS. 2 GG) dar. Dieser zentrale Grundsatz des Rechtsstaatsgedankens postuliert einerseits die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung i.S. einer Orientierung der Verwaltung am Gesetz und andererseits den Vorrang des Gesetzes i.S. einer Kollisionsregel, nach der alle untergesetzlichen Rechtsnormen und Rechtsakte dem parlamentarischen Gesetz nicht widersprechen dürfen.¹⁰⁰

4. Fazit

Die Anweisung an das BKA, das ZugErschwG nicht anzuwenden, verstößt gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Die pauschale Nichtanwendung erfolgt aus politischen Motiven eines „Moratoriums“, aber nicht im Sinne einer gesetzesimmanenten Verhaltensrichtlinie. Eine solche wäre letztlich als Fehlgebrauch des im Gesetz vorgesehenen Beurteilungsspielraums unzulässig.

¹⁰⁰ Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz, Band II, 2. Aufl. 2006, Art. 20 Rn. 92.

III. Konsequenzen für die Gesetzentwürfe

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass sowohl hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit des ZugErschwG (s.o. I.) als auch bezüglich des Umganges mit dem Erlass des Bundesministeriums des Innern vom 17.02.2010 (s.o. II.) erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken bestehen. Als Ergebnis dieser sachverständigen Stellungnahme ist mithin eine unmittelbare Aufhebung des ZugErschwG anzuraten, wie dies von den Gesetzentwürfen auch angestrebt wird. Auf die etwaigen notwendigen Folgeänderungen in anderen Gesetzen ist hier nicht näher einzugehen.

Soweit der Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE vorsieht, durch eine Änderung des TMG eine systematische oder anlassunabhängige Zugangsbeschränkung für unzulässig zu erklären, konnte dies aus Zeitgründen nicht näher analysiert werden. Jedenfalls scheint dies aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht notwendig angezeigt, da bereits durch die Gesetzesaufhebung allen rechtlichen Bedenken ausreichend Rechnung getragen würde. Ob es rechtspolitische Erwägungen gibt, weitergehende Regelungen zu treffen, ist nicht mehr Gegenstand dieser Stellungnahme.