

Köln, den 08.11.2010

Deutscher Bundestag
Rechtsausschuss
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Stellungnahme zum

Gesetzentwurf der SPD: „Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung des Gesetzes zur Bekämpfung der Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen, BT-Drucksache 17/776“

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-Drucksache 17/646“

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“

Zusammenfassung:

- 1) Die derzeitige Handhabung des ZugErschwG ist verfassungswidrig. Die Weisung durch das Bundesministerium des Inneren ist ersichtlich rechtswidrig.
- 2) Das ZugErschwG selbst ist formell und materiell ebenfalls verfassungswidrig. Das ZugErschwG ist formell verfassungswidrig wegen a) der fehlenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes und b) der fehlenden Verwaltungskompetenz des BKA. Materielle Verfassungswidrigkeit folgt aus dem Verstoß gegen diverse Grundrechte und der inhaltlicher Unbestimmtheit des Gesetzes.
- 3) Das Gesetz sollte mit dem Gesetzesentwurf BT-Drucksache 17/772 aufgehoben werden.

1) Verfassungsrechtliche Bewertung des status quo

Der momentane Status ist ersichtlich verfassungswidrig. Das Bundesministerium des Inneren (nachfolgend BMI) hat mit einem Erlass vom 17.02.2010 das Bundeskriminalamt (nachfolgend BKA) angewiesen, ein parlamentarisch beschlossenes und ordnungsgemäß ausgefertigtes Gesetz nicht anzuwenden. Dies kollidiert mit der sich aus Artikel 20 Abs. 1 Grundgesetz ergebenden Bindung der Verwaltung an das Gesetz.

Das BMI weist das BKA in diesem Erlass wie folgt an: "... den in § 1 Abs. 2 ZugErschwG eingeräumten Beurteilungsspielraum dahingehend zu nutzen, dass keine Aufnahme in Sperrlisten erfolgte und Zugangssperren unterbleiben..." (zu finden unter <<http://blog.odem.org/2010/02/19/Erlass-ZugErschwG.pdf>>).

a) Das „ob“ der Sperrlistenführung

Nach dem Wortlaut des Gesetzes in § 1 Abs. 1 ZugErschwG besteht kein Beurteilungsspielraum oder Ermessen, ob überhaupt eine Sperrliste geführt und an die von dem Gesetz erfassten Provider übermittelt werden muss. Die sich aus dem Erlass ergebende Weisung, keine Webseiten in die Sperrliste aufzunehmen, verstößt gegen zwingendes, höherrangiges Recht, namentlich das ZugErschwG.

b) Inhaltliche Kriterien

Einen Beurteilungsspielraum bietet hingegen § 1 Abs. 2 ZugErschwG, denn nach dieser Norm erfolgt eine Aufnahme in die Sperrliste nur, soweit zulässige Maßnahmen, die auf Löschung des Telemedienangebotes abzielen, nicht oder nicht in angemessener Zeit erfolgversprechend sind. Eine der zulässigen Maßnahmen soll die Benachrichtigung des Staates sein, in dem die Angebote physikalisch vorhanden sind. Damit legt das BMI als für das BKA vorgesetzte Behörde insoweit zulässigerweise diesen Begriff für das BKA bindend aus.

Den unbestimmten Rechtsbegriff der „angemessenen Zeit“ per Erlass dahingehend zu interpretieren, dass diese Auslegung zu einer unbestimmten und praktisch unbegrenzten Zeit führt ist nicht mehr vom Wortlaut der Norm, dieser ist die Grenze der Auslegung, gedeckt, denn „angemessen“ ist ungleich „unbegrenzt“. Diese Auslegung verstößt gegen höherrangiges Recht.

Die im Erlassweg gegebene Anweisung, dass die Benachrichtigung des Staates, in dem die Inhalte physikalisch vorgehalten werden, stets als „erfolgversprechende Maßnahme in angemessener Zeit“ anzusehen und mit dieser Auslegung die Aufnahme in die Sperrliste zu unterlassen, stellt einen Verstoß gegen den sich aus Art. 20 Abs. 3 Halbsatz 2 GG ergebenden Vorrang des Gesetzes dar. Dieser verfassungsrechtlich zentrale Grundsatz des Rechtsstaatsgedankens schreibt einerseits die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung fest, nach dem die Verwaltungsbehörden an das Gesetz gebunden sind. Andererseits ist dem Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes eine Kollisionsregel zu entnehmen, nach der untergesetzliche Normen und das Verwaltungshandeln dem parlamentarischen Gesetz nicht widersprechen dürfen (vgl. Schulze in: Dreier, GG Kommentar, Band II Art. 20 - 82, 2. Aufl. 2006, Art. 20 Rn. 92.)

Die Befugnis zur letztverbindlichen Auslegung des objektiven Rechts obliegt – auch dies als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips und objektiviert Artikel 19 Abs. 4 GG entnehmbar – nicht der Verwaltung, sondern den Gerichten (vgl. BVerwG, Urt. vom 10.12.1969 - VIII C 104.69, Juris Rn. 14.). Nach diesem Urteil, das in der Literatur einhellig gebilligt wurde, steht die in Verwaltungsvorschriften enthaltene Auslegung unter dem Vorbehalt, dass die Rechtsprechung diese Auslegung als übereinstimmend mit höherrangigem Recht billigt. In der hier gegebenen Konstellation wird dies nicht anzunehmen sein.

Verwaltungshandeln ist nur dann rechtmäßig, wenn es auch in Übereinstimmung mit höherrangigem Recht steht. Fehlt es daran, ist das Verwaltungshandeln auch dann rechtswidrig, wenn es mit einer verwaltungsinternen Interpretation oder Weisung übereinstimmt. Die Bindung der Verwaltung an das Gesetz und damit an den Vorrang des Gesetzes wird unterlaufen, wenn Verwaltungsvorschriften parlamentarischen Gesetzen gleichgeordnet wären oder diesen in der Interpretation sogar vorgehen sollten (vgl. BVerfGE 8, 155, 169).

Der Bundesfinanzhof hat unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das genannte Urteil des BVerwG gleichlaufend entschieden, als eine Steuerrichtlinie der Steuerbehörden der Freien und Hansestadt Hamburg zum Erlass von Grundsteuererlassen sich nicht an die gesetzlichen Grenzen der Abgabenordnung hielt (BFH, Urt. v. 03.08.1977 - II R 95/75).

Die Verfassung und auch die Interpretation derselben durch die höchstrichterliche Rechtsprechung, sowie alle parlamentarischen Gesetze stehen einer vermeintlich das Ermessen lenkenden und den Beurteilungsspielraum ausfüllenden Verwaltungsvorschrift entgegen, sodass die Weisung des BMI rechtswidrig und damit nichtig ist und keine Wirkung entfaltet.

2) Verfassungsrechtliche Bewertung des Gesetzgebungsverfahrens zum Gesetz zur Bekämpfung der Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen (BT-Drucksachen 16/12850, 16/13411)

Das ZugErschwG ist formell und auch materiell verfassungswidrig.

a) Fehlende Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Dem Bund fehlt es bereits an einer Gesetzgebungskompetenz für das ZugErschwG. Der Kompetenztitel des Art. 74 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft), auf den sich das Gesetz stützt, ist nicht einschlägig, weil die geregelte Materie ausschließlich den Bereich des Polizei- und Sicherheitsrechts betrifft und damit in die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder fällt. Nach der Rechtsprechung des BVerfG (BVerfGE 8, 143, 149 f.; 13, 367, 371 f.; 41, 344) ist der Kompetenztitel des Rechts der Wirtschaft nicht bereits dann erfüllt, wenn eine Vorschrift zwar auch reflexartige Auswirkungen auf die wirtschaftliche Tätigkeit von Unternehmen haben, sondern primär dem Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dienen.

Gegenstand der im ZugErschwG enthaltenen Regelungen ist nicht die wirtschaftliche Betätigung der betroffenen Zugangsvermittler („Access-Provider“), sondern diese werden als eine Art Verwaltungshelfer beim Vollzug des Gesetzes in Anspruch genommen. Gegenstand und Ziel des Gesetzes ist - auch ausweislich der Gesetzesbegründung - ausschließlich die Bekämpfung der Verbreitung von Kinderpornographie im Netz und damit ein Anliegen der Gefahrenabwehr.

Bereits aus diesem Grund ist das ZugErschwG formell verfassungswidrig.

b) Fehlende Verwaltungskompetenz des Bundes

Dem Bund mangelt es darüber hinaus auch an der Kompetenz, das Gesetz mittels eigener Behörden – das BKA ist eine Bundesbehörde – zu vollziehen. Der Bund kann

nach Art. 83 GG Bundesgesetze nur dann durch eigene Behörden vollziehen lassen, wenn ihm das Grundgesetz dafür eine besondere Verwaltungskompetenz zuweist, weil die Regelzuständigkeit ansonsten bei den Ländern liegt. Nach § 1 Abs. 1 ZugErschG vollzieht das Bundeskriminalamt das ZugErschwG durch Führung der „Sperrliste“ und deren Weiterleitung an die von dem Gesetz erfassten Diensteanbieter nach § 2 ZugErschwG. Eine grundgesetzlich geregelte Verwaltungskompetenz des Bundes hierfür ist nicht ersichtlich. Diese Tätigkeit ist weder sachlich von einer Funktion als Zentralstelle i.S.v. Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG gedeckt noch wurde eine solche Zentralstelle für Aufgaben dieser Art durch ein Bundesgesetz errichtet. Das ZugErschwG setzt das BKA als Zentralstelle voraus, es errichtet diese aber nicht.

Das Gesetz ist also auch aus diesem Grund formell verfassungswidrig.

c) Materielle Verfassungswidrigkeit des ZugErschG

In materieller Hinsicht mangelt es dem Gesetz an der erforderlichen Bestimmtheit und Normklarheit. Zudem liegt ein Verstoß gegen den sog. Wesentlichkeitsvorbehalt und damit gegen Art. 20 Abs. 3 GG vor, wonach der Gesetzgeber die für den Grundrechtseingriff wesentlichen Aspekte selbst regeln muss und dies nicht der Verwaltung oder gar einem Verwaltungshelfer überlassen darf.

Die Auswahl der anzuwendenden Sperrtechnologie wird vom Gesetzgeber allein dem Internetprovider überlassen. Das ist deshalb problematisch, weil die Anwendung verschiedener Sperrtechniken zu unterschiedlichen Grundrechtseingriffen mit ganz unterschiedlicher Intensität führen kann. Die Intensität und damit auch die Rechtmäßigkeit der Maßnahme kann aber nicht davon abhängen, welche Sperrtechnologie der einzelne Provider einsetzt, zumal es damit bei gleichen Sachverhalten bei unterschiedlichen Providern ohne sachlichen Grund zu unterschiedlich intensiven Eingriffen in die Grundrechte Betroffener kommen kann.

Das Gesetz greift zudem in unverhältnismäßiger und nicht verfassungskonformer Art und Weise in mehrere Grundrechte ein. Es liegen Eingriffe in das Recht auf Meinungs- und Informationsfreiheit, bzw. in die allgemeine Handlungsfreiheit der Inhalteanbieter vor. Zudem wird in die Informationsfreiheit und das Fernmeldegeheimnis der Internetnutzer eingegriffen und schließlich auch in die Berufsfreiheit der Internetzugangsprouder. Diese Eingriffe sind verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt, insbesondere nicht

verhältnismäßig. Auch ein Verstoß gegen das Zensurverbot aus Artikel 5 Absatz 1 Satz 3 Grundgesetz kann nicht von vorneherein ausgeschlossen werden.

Das Gesetz ist schon nicht geeignet, den erhofften Zweck, die Verringerung von Zugriffen auf kinderpornographische Inhalte, zu erreichen. In der öffentlichen Diskussion ist bereits hinreichend dargestellt worden, dass diese „Sperrren“ ohne weiteres zu umgehen sind und deshalb Kinderporno-Konsumenten, die gezielt nach derartigen Inhalten suchen, nicht von einem Zugriff abgehalten werden können. Das Gesetz dürfte vielmehr gerade einen gegenteiligen Effekt bewirken: Durch die Sperrlisten und die vom BKA aufzustellenden „Stopp-Schilder“ wird erst eine größere Aufmerksamkeit auf solche Seiten gelenkt, die sonst völlig unbemerkt von der überwiegenden Zahl der Nutzer online wären. Damit werden neue, zusätzliche Nutzer angelockt und nicht etwa ferngehalten. Die Erfahrung mit ausländischen Sperrlisten zeigt im Übrigen, dass sich diese Listen nicht geheim halten lassen und immer wieder im Internet auftauchen, was dazu führt, dass der Staat den Kinderporno-Konsumenten geradezu eine Navigationshilfe für kinderpornographische Inhalte anbietet. Die Inhalte der Sperrliste lassen sich zudem mit wenig Programmieraufwand auch automatisiert herausfinden.

Das „Stopp-Schild“ stellt nicht nur eine Suchliste für Kinderporno-Konsumenten, sondern warnt die Betreiber entsprechender Websites vor, dass ihr Angebot von Strafverfolgungsbehörden entdeckt wurde. Diese Personen werden über das „Stopp-Schild“ darauf hingewiesen, dass sie sich alternative Verbreitungswege suchen müssen. Das Gesetz wird deshalb den Zugang zu kinderpornographischen Inhalten nicht erschweren, sondern begründet vielmehr die ernsthafte Gefahr, dass der relevanten Zielgruppe der Zugang noch erleichtert wird und sich die Anbieter der Verfolgung durch die zuständigen Behörden entziehen.

Aktuelle Untersuchungen, wie die der EFC, belegen zudem, dass das WWW, auf das die Netzsperrren allein abzielt, nicht zu den Hauptverbreitungs Kanälen für kinderpornographische Inhalte im Netz zählt. Mit dem Konzept der Zugangerschwerung können die Hauptverbreitungswege damit nicht erfasst werden. Auch dieser Umstand spricht dafür, das Gesetz bereits als ungeeignet zur Bekämpfung von Missbrauchs Darstellungen zu betrachten.

Auch die Erforderlichkeit des Gesetzes ist nicht gegeben. Eine Inanspruchnahme eines Zugangsproviders, mithin eines (durch Abschnitt 4 der E-Commerce-Richtlinie der EU gesetzlich gegen Haftungsansprüche geschützten) Nichtstörers, kann allenfalls als Ultima Ratio in Betracht gezogen werden und auch nur dann, wenn vorab geprüft und sichergestellt worden ist, dass es nicht möglich ist, die fraglichen Inhalte durch ein Einwirken auf die zuständigen Behörden vor Ort bzw. die Host-Provider aus dem Netz, zu entfernen. Erst und nur dann, wenn diese sachnäheren Maßnahmen gescheitert sind, wäre eine Aufnahme in eine Sperrliste als Maßnahme zu Lasten eines polizeirechtlichen Nichtstörers überhaupt denkbar. Solange aber effektivere Maßnahmen, die zudem Unbeteiligte verschonen, in Betracht kommen, ist eine Maßnahme der Zugangerschwerung ausgeschlossen. Diese Einschränkung gewährleistet das Gesetz aber nicht. Nicht ausreichend ist hier insbesondere der Vorbehalt in § 1 Abs. 2 des Gesetzes. Dieser Vorbehalt knüpft die Notwendigkeit sachnäherer Maßnahmen allein an die subjektive Einschätzung des Bundeskriminalamts, nicht aber an eine objektive Erforderlichkeitsprüfung. Warum hier, anders als bei anderen Maßnahmen der Gefahrenabwehr, eine Einschätzungsprärogative der Verwaltung bestehen soll, ist nicht ersichtlich und genügt jedenfalls nicht den Anforderungen, die sich aus Art. 19 Abs. 4 GG ergeben.

Das zentrale Problem der Verhältnismäßigkeit besteht allerdings in dem als „Overblocking“ bezeichneten Effekt. Das Gesetz beinhaltet die Gefahr, dass andere, legale Internetinhalte durch den Eintrag in der Sperrliste mitgesperrt werden, weil es auf der Ebene der Zugangsprovider, die selbst keinen Zugriff auf die inkriminierten Inhalte haben, nicht möglich ist, die Blockademaßnahmen zielgenau alleine auf das kinderporographische Angebot zu begrenzen. Das Gesetz wird deshalb dazu führen, dass immer wieder legale Inhaltsangebote in Mitleidenschaft gezogen und ebenfalls gesperrt bzw. blockiert werden. Wenn beispielsweise, wie im Gesetz als Mindeststandard vorgesehen, pauschal eine bestimmte Domain gesperrt wird, dann können im Extremfall die Inhalte von unüberschaubar vielen Unbeteiligten betroffen sein. Erst Recht wäre dies der Fall, wenn ein Angebot mittels IP-Adresse gesperrt wird. Seit RfC 2616 können auf einer IP-Adresse eine nur durch die technischen Gegebenheiten begrenzte Zahl von Domainnamen vorgehalten werden (sog. virtuelle Hosts). Es ist deswegen durchaus denkbar – und es kommt in der Praxis vielfach vor –, dass auf einem Rechner mit einer IP-Adresse, mehrere 100, 1.000 gar 10.000 Domains erreichbar sind. Wenn unter einer Domain ein unzulässiges Angebot vorgehalten wird und die Web-

seite über die korrespondierende IP-Adresse gesperrt wird, dann ist nicht nur das unzulässige Angebot gesperrt, sondern auch alle weiteren Angebote.

Es ist außerdem zu berücksichtigen, dass die Umsetzung des ZugErschG die Schaffung einer technischen Blockade-Infrastruktur auf Seiten der Provider erfordert, die die Gefahr von Einschüchterungseffekten („chilling effects“) mit sich bringt. Zwar hat der Gesetzgeber die strafrechtliche Verwertung der am Stopp-Server gesammelten Informationen nicht vorgesehen, dies ändert aber nichts daran, dass durch das Gesetz eine Infrastruktur geschaffen wird, die technisch geeignet ist, jede Suche oder Anfrage eines Bürgers nach Information aufzuzeichnen und diese Anfrage anschließend aufgrund einer staatlich kontrollierten Sperrliste zuzulassen oder zu blockieren. Das heißt, das BKA wird technisch in die Lage versetzt, Informationsströme im Netz innerhalb weniger Stunden vollständig zu kontrollieren, bzw. zu blockieren. An dieser Stelle ist auch zu berücksichtigen, dass die Tätigkeit des BKA keiner ausreichenden Kontrolle unterliegt: die vom BKA erstellte Sperrliste soll lediglich mindestens quartalsweise und stichprobenartig durch ein beim Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit angesiedeltes Expertengremium überprüft werden (vgl. § 9 ZugErschwG).

Sobald ein Domainname, eine Internetprotokoll-Adresse oder Zieladresse auf der Liste steht, ist eine Verletzung des verfassungsrechtlich aus Artikel 3 Absatz 1 Satz 3 GG ergebenden Verbots der Vorzensur denkbar. Sobald unter einem Domainnamen oder einer Internetprotokoll-Adresse, die auf die Sperrliste eingetragen wurden, neue Inhalte veröffentlicht werden, sind diese erst dann für jedermann frei erreichbar, wenn der Domainname oder die IP-Adresse von der Verwaltung von der Sperrliste genommen wird. Dies hat die Wirkung einer verfassungswidrigen Vorzensur, denn die Inhalte können erst dann zur freien öffentlichen Wahrnehmung gelangen, nachdem der Staat diese durch Löschung der Domain oder IP-Adresse aus der Liste freigegeben hat.

Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass die Ausweitung des Einsatzes einer entsprechenden Sperrtechnologie auf andere Bereiche wie Urheberrechtsverletzungen oder Online-Glücksspiele, auch von Seiten der Leistungsebene des BKA, immer wieder öffentlich gefordert wird. Diese Forderungen werden sich weiter verstärken, sobald einmal in einem ersten Bereich ein solches Konzept zum Einsatz gekommen ist. Der

Gesetzgeber wird sich diesen Forderungen, entgegen der jetzigen anderslautenden Beurteilungen, schwerlich entziehen können.

Das Zugängerschwerungsgesetz ist damit auch materiell verfassungswidrig.

3) Bewertung der Gesetzesentwürfe

Die verabschiedete Fassung des Zugängerschwerungsgesetzes (BGBl 2010, Teil I, S. 78) führt durch Artikel 1 das Zugängerschwerungsgesetz ein, ändert durch Artikel 2 § 149 Abs. 1 und § 96 des Telekommunikationsgesetzes. Hierin wird den Providern die „Umlektungsbeftugnis“ eingeräumt und Folgeänderungen im Bereich der Bußgeldvorschriften statuiert. Artikel 3 begründet eine Evaluationspflicht und Artikel 4 regelt das Inkrafttreten des Gesetzes. Allen drei Gesetzesentwürfen ist gemeinsam, dass das ZugängerschwG aufgehoben und der status quo ante wiederhergestellt werden soll.

a) BT-Drucksache 17/776

Der Entwurf des Gesetzgebungsvorhabens ist zur Zielerreichung aus gesetzgebungstechnischer Sicht untauglich. Es wird nur das ZugängerschwG aufgehoben. Die Folgeänderungen im TKG und die Evaluationsvorschrift blieben unberührt. Dies würde bei Annahme dieses Entwurfes dazu führen, dass in § 96 Absatz 1 TKG ein Verweis auf ein nicht mehr existierendes Gesetz bestehen bliebe. Auch die Regelungen des § 149 Abs. 1 Nr. 16 und Nr. 17 TKG bleiben bestehen, deren Anwendungsbereich allerdings nicht klar wäre.

b) BT-Drucksache 17/646

Dieser Gesetzesentwurf leidet ebenso unter den zuvor beschriebenen Mängeln.

c) BT-Drucksache 17/772

Dieser Entwurf ist meiner Überzeugung nach zu bevorzugen. Es wird nicht nur das ZugängerschwG selbst aufgehoben, sondern es werden auch die durch die Einführung des ZugängerschwG bedingten Änderungen im Telekommunikationsgesetz vollständig rückgängig gemacht.

Rechtsanwalt