

Alavi Frösner Stadler, Haydstr. 2, 85354 Freising

Vorab per Telefax: 6 Seiten
Bundespräsidialamt
Spreeweg 1
10557 Berlin

Fax-Nr.: (030) 20 00-19 99

ROBERT ALAVI
Fachanwalt für Familienrecht
Fachanwalt für Strafrecht

KATHARINA FRÖSNER
Fachwältin für Arbeitsrecht
Fachwältin für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht

THOMAS STADLER
Fachanwalt für IT-Recht
Fachanwalt für gewerblichen
Rechtsschutz

Haydstr. 2, "Villa Bertha"
85354 Freising

Tel.: 0 81 61 / 939 060
Fax: 0 81 61 / 230 278
afs@afs-rechtsanwaelte.de
www.afs-rechtsanwaelte.de

06.07.2009 0005/09-KF/TS

Ausfertigung des Zugangerschwerungsgesetzes

Sehr geehrter Herr Bundespräsident,

der Arbeitskreis gegen Internetsperren und Zensur und die Vereine „MissbrauchsOpfer Gegen InternetSperren“ (MOGIS), „Trotz Allem e.V.“, „FoeBuD e.V.“, „FITUG e.V.“ und die Internetplattform „netzpolitik.org“ sowie zahlreiche Einzelpersonen, deren Namen im Anhang im Einzelnen aufgelistet sind, haben mich gebeten, Sie anzuschreiben und die Bitte vorzutragen, von Ihrem Prüfungsrecht Gebrauch zu machen und das unseres Erachtens offenkundig und zweifelsfrei nicht verfassungskonforme Zugangerschwerungsgesetz nicht auszufertigen. Das Zugangerschwerungsgesetz wurde am 18.06.2009 (Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD – Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen; BT-Drsn: 16/12850 und 16/13411) vom Bundestag beschlossen.

Die Gründe für unsere Einschätzung möchten wir Ihnen nachfolgend erläutern.

1. Fehlende Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Dem Bund fehlt es bereits an der Gesetzgebungskompetenz für das Vorhaben. 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 erstreckt sich der Kompetenztitel des Rechts der Wirtschaft nicht auf Vorschriften, die allein dazu dienen, die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu schützen, auch wenn sie Auswirkungen auf die

wirtschaftliche Tätigkeit haben (BVerfGE 8, 143, 149 f.; 13, 367, 371 f.; 41, 344). Gegenstand der Regelung ist nicht die wirtschaftliche Betätigung der betroffenen Zugangsvermittler („Access-Provider“). Diese werden vielmehr nur als eine Art Verwaltungshelfer beim Vollzug des Gesetzes in Anspruch genommen. Gegenstand und Ziel des Gesetzes ist ausschließlich die Bekämpfung der Kinderpornographie und damit ein Anliegen der Gefahrenabwehr.

Hierauf ist im Übrigen im Rahmen der Sachverständigenanhörung im Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestages am 27.05.2009, u.a. durch den Sachverständigen Prof. Bäcker, deutlich hingewiesen worden.

Bereits aus diesem Grund ist das Gesetz offenkundig verfassungswidrig.

2. Fehlende Verwaltungskompetenz des Bundes

Dem Bund mangelt es auch an der Kompetenz, das Gesetz mittels eigener Behörden zu vollziehen. Der Bund kann nach Art. 83 GG Bundesgesetze nur dann durch eigene Behörden vollziehen lassen, wenn ihm das Grundgesetz dafür eine Verwaltungskompetenz eigens zuweist, weil die Regelzuständigkeit bei den Ländern liegt. Nach seinem § 1 Abs. 1 vollzieht das Bundeskriminalamt das Zugangerschwerungsgesetz durch Führung und Weiterleitung der sog. Sperrliste. Eine 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 Bundesgesetz errichtet.

Auch insoweit ist das Gesetz offensichtlich verfassungswidrig.

3. Fehlerhaftes Gesetzgebungsverfahren

Das Gesetz wurde in erster Lesung als Gesetz zur Bekämpfung der Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen in den Deutschen Bundestag eingebracht und enthielt einen Entwurf zur Änderung des Telemediengesetzes, insbesondere zur Schaffung eines neuen § 8a TMG. Nach der Sachverständigenanhörung im Wirtschaftsausschuss gelangte anschließend das Zugangerschwerungsgesetz – ein Spezialgesetz mit ähnlichem Inhalt – am 18.06.2009 in zweiter und dritter Lesung in den Bundestag und wurde dort beschlossen.

Der Bundestag hat über das als Gesetzesvorlage eingebrachte Gesetz also überhaupt nicht abgestimmt, während über ein neues Spezialgesetz abgestimmt worden ist, das aber nicht im Wege einer Gesetzesvorlage nach Art. 76 GG in den Bundestag eingebracht worden ist.

Wenngleich das Zugangerschwerungsgesetz dem Ursprungsentwurf in Teilen ähnelt, handelt es sich dennoch um ein von der Vorlage des Gesetzentwurfs zur Änderung

des Telemediengesetzes so weit abweichendes Vorhaben, insbesondere hinsichtlich der systematischen Stellung der Normen, dass es als eigenständiges Gesetzgebungsverfahren hätte behandelt werden müssen. Insbesondere konnten die Auswirkungen auf die berührten Rechtsbereiche ebenso wenig im vorangegangenen parlamentarischen Verfahren berücksichtigt werden, wie die systematische Stellung des Gesetzentwurfs im Bereich des Polizeirechts. Dies widerspricht auch dem Grundsatz der Öffentlichkeit der parlamentarischen Beratungen in erster, zweiter und dritter Lesung.

Unbeschadet der vorgenannten Erwägungen liegt ein weiterer Verfahrensmangel darin, dass im federführenden Ausschuss für Wirtschaft und Technologie des Deutschen Bundestags ein Anhörungsbegehren zu dem Spezialgesetz nicht berücksichtigt wurde, obwohl das Recht, eine Anhörung zu beantragen, ein Minderheitenrecht darstellt. Der Verweis auf die Anhörung zu dem zunächst eingebrachten Änderungsgesetz zum Telemediengesetz kann die Anhörung zu einem Spezialgesetz nicht ersetzen, da die Fragen zur Gesetzgebungssystematik hier ebenso wenig behandelt werden konnten wie Fragen zur Auswirkung auf andere gesetzlich geregelte Materien. In der Nichtdurchführung einer Anhörung zu dem Spezialgesetz, trotz des eindeutigen Minderheitenvotums der Fraktionen der FDP, der Linken und der Grünen, liegt eine relevante Verletzung der Rechte des Deutschen Bundestags.

Damit leidet auch das Gesetzgebungsverfahren an einem schwerwiegenden Mangel.

4. Fehlende materielle Verfassungsmäßigkeit

In materieller Hinsicht mangelt es dem Gesetz an der erforderlichen Bestimmtheit und Normklarheit.

Zudem liegt ein Verstoß gegen den sog. Wesentlichkeitsgrundsatz und damit gegen Art. 20 Abs. 3 GG vor, wonach der Gesetzgeber die für den Grundrechtseingriff wesentlichen Aspekte selbst regeln muss und nicht der Verwaltung oder gar einem Verwaltungshelfer überlassen kann. Die Auswahl der anzuwendenden Sperrtechnologie wird vom Gesetzgeber allein dem Internet-Provider überlassen. Das ist deshalb problematisch, weil die Anwendung verschiedener Sperrtechniken zu sehr unterschiedlichen Grundrechtseingriffen mit ganz unterschiedlicher Intensität führen kann. Die Intensität und damit möglicherweise 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 kommen würde.

Das Gesetz greift zudem in unverhältnismäßiger und nicht verfassungskonformer Art und Weise in mehrere Grundrechte ein. Es liegen Eingriffe in die Meinungsfreiheit bzw. in die allgemeine Handlungsfreiheit der Inhaltsanbieter vor. Zudem wird in die

Informationsfreiheit und das Fernmeldegeheimnis der Internetnutzer eingegriffen und schließlich auch in die Berufsfreiheit der Internetzugangsanbieter.

Das Gesetz ist bereits 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 „Sperrungen“ ohne weiteres zu umgehen sind und deshalb gerade Pädophile, die gezielt nach derartigen Inhalten suchen, nicht von einem Zugriff abgehalten werden können. Das Gesetz bewirkt vielmehr gerade einen gegenteiligen Effekt: Durch die Sperrlisten und die vom BKA aufzustellenden „Stopp-Schilder“ wird überhaupt erst die 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 Pädophilen geradezu eine Navigationshilfe für kinderpornographische Inhalte anbietet. Das Gesetz wird deshalb den Zugang zu kinderpornographischen Inhalten nicht erschweren, sondern vielmehr erleichtern.

Auch die Erforderlichkeit des Gesetzes ist nicht gegeben. Eine Inanspruchnahme eines Zugangsproviders, mithin eines 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 dann, wenn diese sachnäheren Maßnahmen gescheitert sind, wäre eine Aufnahme in eine Sperrliste überhaupt denkbar. Solange aber effektivere Maßnahmen, die zudem Unbeteiligte verschonen, in Betracht kommen, ist eine Maßnahme der Zugangserschwerung 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 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 Überblocken („Overblocking“) bezeichneten Effekt. Das Gesetz beinhaltet die nahe liegende Gefahr, dass andere, legale Internetinhalte quasi mitgesperrt werden, weil es auf der Ebene der Zugangsprovider, die selbst keinen Zugriff auf die inkriminierten Inhalte haben, nicht möglich ist, die Blockademaßnahmen zielgenau auf kinderpornographische Webseiten zu begrenzen. Das Gesetz wird deshalb dazu führen, dass 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 Millionen Unbeteiligter betroffen sein.

Weiterhin ist schon in der Anhörung des Bundestags angeklungen, dass sich Einschüchterungseffekte („chilling effects“) aus der Schaffung einer generellen Blockade-Infrastruktur ergeben können. 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 geeignet ist, im Prinzip jede Suche oder Anfrage eines Bürgers nach Information aufzuzeichnen und diese Anfrage anschließend aufgrund einer staatlich kontrollierten Sperrliste zuzulassen oder zu blockieren. Das heißt, der Staat stellt die Bevölkerung unter Generalverdacht und ist in der Lage, mittels dieses Systems wichtige Informationsströme im Netz innerhalb weniger Stunden vollständig zu kontrollieren bzw. zu blockieren. Die Befürchtung vieler Bürger, dass hierdurch eine „Zensur-Infrastruktur“ geschaffen wird, ist berechtigt. Natürlich ist die Effektivität solcher Systeme dank der Architektur des Internet begrenzt. Aber wie die Beispiele China und Iran zeigen, wird die Bestrebung zur Kontrolle von Inhalten zu einer weiteren Eskalation der Kontrolltechniken und Gegenmaßnahmen führen. Wie wollen wir Deutsche bei Iranern und Chinesen Meinungsfreiheit anmahnen, wenn wir gleichzeitig selbst die gleichen Systeme und Mechanismen zur Kontrolle von Informationsströmen benutzen?

Wir sind der Auffassung, dass das Zugangerschwerungsgesetz aus den skizzierten Gründen unter offenkundigen und schwerwiegenden verfassungsrechtlichen Mängeln leidet und deshalb nicht in Kraft treten darf.

Mit freundlichen Grüßen

Thomas Stadler
Rechtsanwalt

Anlage:
Unterstützerliste (Einzelpersonen)