

Unterrichtung

durch die Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen – Drucksache 16/13125 –

Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung

Stellungnahme des Bundesrates

Der Bundesrat hat in seiner 859. Sitzung am 12. Juni 2009 beschlossen, zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

1. **Zu Artikel 1 Nummer 1** (§ 8a Absatz 1 Satz 1a – neu – TMG)

In Artikel 1 Nummer 1 ist in § 8a Absatz 1 nach Satz 1 folgender Satz einzufügen:

„Das Bundeskriminalamt prüft regelmäßig binnen angemessener Frist, spätestens allerdings drei Monate nach der letzten Überprüfung, ob ein Eintrag in der Sperrliste noch die Voraussetzungen des Satzes 1 erfüllt.“

Begründung

Der Gesetzentwurf sieht weder eine anlassbezogene noch eine regelmäßige Überprüfung der gesperrten Inhalte vor. Es liegt demnach allein im Ermessen des Bundeskriminalamts, ob und wann eine erneute Überprüfung der bereits gesperrten Adressen durchgeführt wird.

Dies ist gerade vor dem Hintergrund der Schnelllebigkeit von Domänennamen, insbesondere bei den Anbietern von Inhalten nach den §§ 184b, 184c StGB, bedenklich. Es ist nämlich nicht unwahrscheinlich, dass eine gesperrte Domäne – nach deren „Freiwerden“ – auf einen unbeteiligten Dritten übertragen wird. Der Dritte hat allerdings im Vorfeld der Übertragung keinerlei Möglichkeit, festzustellen, ob die fragliche Domäne in der Sperrliste enthalten ist.

Insbesondere aber, um dem befürchteten Zensurcharakter der Norm vorzubeugen, sollte eine gesetzlich verpflichtende regelmäßige Überprüfung in den Entwurf aufgenommen werden.

2. **Zu Artikel 1 Nummer 1** (§ 8a Absatz 1 Satz 2 TMG)

In Artikel 1 Nummer 1 ist in § 8a Absatz 1 Satz 2 das Wort „arbeitstäglich“ durch das Wort „täglich“ zu ersetzen.

Begründung

Es ist nicht eindeutig, was mit dem Begriff „arbeitstäglich“ gemeint ist. So bestimmt etwa § 2 Nummer 2 der Verordnung über die Arbeitszeit der Beamtinnen und Beamten des Bundes, dass der Arbeitstag grundsätzlich der Werktag ist, also Montag bis Samstag exklusive der Feiertage. In der Regel wird – insbesondere im Öffentlichen Dienst – jedoch nur von montags bis freitags gearbeitet. Auch der Begriff „werktäglich“ führt kaum zu einer deutlicheren Abgrenzung. So kann nach § 193 BGB a. E. der Eindruck entstehen, der Sonnabend sei kein Werktag. Nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist das allerdings wenigstens dann der Fall, wenn eine Leistung am Samstag tatsächlich erbracht werden kann.

Der Begriff „arbeitstäglich“ ist im Übrigen insgesamt in der bundesdeutschen Gesetzgebung unüblich und findet sich allenfalls in europäischen Richtlinien und Verordnungen.

Es spricht wegen des ohnehin automatisierten Datenabgleichs vor allem nichts gegen eine tägliche Bereitstellung der Liste und gegen eine tägliche Entgegennahme und Umsetzung durch die Diensteanbieter.

3. **Zu Artikel 1 Nummer 1** (§ 8a Absatz 5 TMG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, inwiefern in § 8a Absatz 5 TMG-E den datenschutzrechtlichen Belangen derjenigen Nutzer Rechnung getragen werden kann, deren Zugriffsversuch auf den gesperrten Server auf unproblematische Inhalte abzielte, die auf diesem Server abgespeichert sind.

Der Bundesrat bittet ferner zu prüfen, wie eine verfahrensrechtliche Absicherung von Inhaltenanbietern erfolgen kann, deren Angebote rechtlich unproblematisch sind, die jedoch aus technischen Gründen von einer Sperre erfasst werden.

Begründung

Als Nachteil der DNS-Sperre ist anzusehen, dass diese Sperrmethode nicht in jedem Fall sehr zielgenau funktioniert (gesperrt wird jeweils der gesamte Server) und dass damit – unbeabsichtigt – Inhalte gesperrt werden können, die rechtlich nicht zu beanstanden sind, aber auf demselben Server angeboten werden, wie die von der Sperre anvisierten Inhalte.

Vor diesem Hintergrund erscheint es aus datenschutzrechtlicher Sicht nicht unproblematisch, dass gemäß § 8a Absatz 5 TMG-E personenbezogene Daten zu sämtlichen Zugriffsversuchen abgespeichert werden sollen, um sie auf Anforderung den Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung zu stellen. In den entsprechenden Datensätzen werden undifferenziert die personenbezogenen Daten derjenigen Nutzer erfasst, welche unproblematische Angebote abrufen wollten, die (zufällig) auf demselben Server abgespeichert sind wie die gemäß § 184b StGB rechtswidrigen Inhalte.

Der Gesetzentwurf verhält sich nicht zu der Frage der verfahrensrechtlichen Absicherung von Inhabern von Dienstanbietern, deren Angebote unproblematisch sind, die jedoch aus den vorgenannten technischen Gründen von einer Sperre erfasst werden. Da die Sperrliste richtigerweise nicht der Öffentlichkeit bekannt gegeben wird, erfahren solche Inhabern erst durch die tatsächliche Unzugänglichkeit ihres Online-Angebots von der Sperrung. Solchen Anbietern sollte die Möglichkeit eingeräumt werden, schnell und effizient gegen die Verhinderung des Zugangs zu ihren Angeboten vorgehen zu können.

4. Zu Artikel 1 Nummer 1 (§ 8a Absatz 5 Satz 2 TMG)

In Artikel 1 Nummer 1 ist § 8a Absatz 5 Satz 2 zu streichen.

Begründung

Der zu streichende Satz enthält die Befugnis, Daten, die im Zusammenhang mit den Sperrmaßnahmen nach § 8a Absatz 2 und 4 TMG-E anfallen und nach Absatz 5 Satz 1 für diesen Zweck erhoben und verwendet werden dürfen, den zuständigen Stellen auf deren Anordnung für Zwecke der Verfolgung der Kinderpornographie nach § 184b StGB zu übermitteln.

Die Regelung des Absatzes 5 ist bereits in sich widersprüchlich. Satz 2 geht offensichtlich von der Annahme aus, dass die Diensteanbieter im Zusammenhang mit der Umleitung der Anfragen Daten nach Satz 1 („Diese Daten“) über das Ende der Verbindung hinaus speichern. Das ist jedoch gerade nicht der Fall. Satz 1 erlaubt es den Diensteanbietern nur, personenbezogene Daten zu erheben und zu verwenden, „soweit das für die Maßnahmen nach den Absätzen 2 und 4 erforderlich ist“. Erforderlich ist eine Speicherung aber allenfalls bis zum Ende der Verbindung. Absatz 5 Satz 2 geht daher entweder ins Leere oder muss als implizite Erlaubnis für eine längerfristige Speicherung betrachtet werden.

Das Problem sollte dabei keinesfalls in der Weise gelöst werden, dass eine Speicherbefugnis der Diensteanbieter zur Unterstützung der Strafverfolgungsbehörden geschaffen wird. Dies würde nämlich ein weiteres Problem entstehen lassen.

Strafbar macht sich nach § 184b Absatz 4 Satz 1 StGB nicht nur der, der sich kinderpornographische Schriften verschafft. Unter Strafe steht vielmehr das Unternehmen der Besitzverschaffung und damit neben der Vollendung auch der Versuch (§ 11 Absatz 1 Nummer 6 StGB), einschließlich des untauglichen (Fischer, StGB, 56. Aufl. 2009, § 184b Rn. 20). Wer eine der auf der Sperrliste aufgeführten Internetadressen in der Annahme eingibt, dort auf Kinderpornographie zu stoßen, macht sich folglich strafbar, selbst wenn er durch das Stopp-Schild daran gehindert wird, sein Vorhaben umzusetzen.

Ob die tatbestandsmäßige Handlung zumindest mit bedingtem Vorsatz begangen worden ist, müsste in einem Strafverfahren geklärt werden. Da die Diensteanbieter dem Bundeskriminalamt nach § 8a Absatz 6 TMG-E wöchentlich „eine anonymisierte Aufstellung über die Anzahl der Zugriffsversuche pro Stunde“ mitteilen müssen, wäre das BKA als Polizeibehörde nach § 163 StPO gehalten, den so zur Kenntnis gebrachten Verdachtsfällen nachzugehen und bei den Diensteanbietern doch wiederum die gespeicherten personenbezogenen Daten abzufragen.

In der Folge würden die Beschuldigten mangels anderer Beweismöglichkeiten Durchsuchungsmaßnahmen ausgesetzt, die angesichts der Ächtung der Kinderpornographie durch die Gesellschaft massive Rufschädigungen nach sich ziehen können. Im Hinblick auf die geringe Gefährlichkeit der abgeblockten Versuche und der nicht auszuschließenden Möglichkeit fehlerhafter oder durch Dritte unter Vorspiegelung falscher Tatsachen provozierter bzw. automatisiert vorgenommener Adresseingaben, erscheint eine systematische Strafverfolgung in diesen Fällen nicht angebracht. Vermutlich ist dies auch die eigentliche Intention des Gesetzentwurfs, denn wenn eine konsequente Strafverfolgung das Ziel gewesen wäre, hätte es nahegelegen, dem Nutzer eine nicht herstellbare Verbindung vorzutäuschen statt ihn durch das Stopp-Schild zu warnen und zur Säuberung des Rechners zu veranlassen.

5. Zu Artikel 1 Nummer 1 (§ 8a Absatz 8a – neu – TMG)

In Artikel 1 Nummer 1 ist in § 8a nach Absatz 8 folgender Absatz einzufügen:

„(8a) Gegen die Eintragung in die Sperrliste kann der betroffene Diensteanbieter des gesperrten Telemediendiensteanbieters Antrag auf Löschung beim Bundeskriminalamt stellen. Unterlassungsansprüche wegen der ordnungsgemäßen Umsetzung der Maßnahme nach Absatz 2 gegen die Diensteanbieter nach § 8 sind ausgeschlossen.“

Begründung

Nach dem derzeitigen Gesetzentwurf gibt es kein spezielles rechtsförmiges Verfahren, um gegen eine Sperrmaßnahme des Bundeskriminalamts vorzugehen. Wegen des nicht unmittelbar deutlichen präventiven oder repressiven Charakters der Norm sind Unsicherheiten bei der Wahl des Rechtswegs nicht auszuschließen. Im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes und mit Blick auf Artikel 19 Absatz 4 des Grundgesetzes ist deswegen die Einführung eines formalisierten Verwaltungsverfahrens sinnvoll und erforderlich.

Mit dem Antrag auf Löschung aus der Sperrliste hat das Bundeskriminalamt seine Entscheidung gemäß § 8a Absatz 1 zu überprüfen und ggf. auch die Änderungen von Tatsachen zu berücksichtigen. Die Entscheidung über die Löschung ist ein Verwaltungsakt, welcher mit den üblichen Mitteln einer weiteren rechtsstaatlichen Kontrolle zugänglich ist.

Es ist zudem durchaus denkbar, dass sich Anbieter von Telemedien zur Entfernung der Sperre direkt an die Diensteanbieter nach § 8 TMG wenden und ggf. auch gerichtlich einen Anspruch auf Unterlassung geltend machen.

Da die Diensteanbieter nach § 8 TMG jedoch keine Möglichkeiten haben, sich ihrer gesetzlichen Verpflichtung gemäß § 8a Absatz 2 TMG-E zu entziehen, sind sie entsprechend zu privilegieren. Die generalklauselartige Formulierung des Absatzes 7 lässt auch ausweislich der Gesetzesbegründung offen, ob die Unterlassungsansprüche ebenfalls umfasst sein sollen. In Absatz 7 wird nur von „Haftung“ gesprochen. Mit dem Satz 2 wird deutlich gemacht, dass der einzige Weg zur Entfernung aus der Sperrliste über ein geordnetes Verwaltungsverfahren gegen das Bundeskriminalamt führt und Unterlassungsansprüche gegen die Diensteanbieter nach § 8 TMG ausgeschlossen sind.

6. Der Bundesrat begrüßt die Bemühungen der Bundesregierung, zur Bekämpfung von Kindesmissbrauch und Kinderpornographie – flankierend zur konsequenten Ermittlung und strafrechtlichen Verfolgung der Täter – der Verbreitung von kinderpornographischem Material im Internet entgegenzuwirken. Der vorliegende Gesetzentwurf wirft allerdings zahlreiche rechtliche und technische Fragen auf, denen im weiteren Gesetzgebungsverfahren noch nachgegangen werden muss.
7. Erhebliche Bedenken bestehen gegen den Gesetzentwurf insoweit, als danach allein das Bundeskriminalamt ohne die Möglichkeit der Überprüfung die geheim zu haltende Liste der zu sperrenden Seiten erstellt. Dies begegnet erheblichen rechtsstaatlichen Bedenken, zumal von den Sperrungen auch legale Internetseiten erfasst sein können. Die Sperrung von Internetseiten betrifft die Telekommunikationsfreiheit, die Informations- und Meinungsfreiheit sowie die allgemeine Handlungsfreiheit. Vor diesem Hintergrund sind geeignete Sicherungsmechanismen – etwa die Einbeziehung eines unabhängigen Gremiums – erforderlich, um zu verhindern, dass legale Seiten gesperrt werden. Zudem bedarf es eines effektiven rechtsstaatlichen Verfahrens, damit Betroffene die Löschung eines zu Unrecht erfolgten Eintrags aus der Sperrliste erreichen können. Für diese Fälle sind zudem Entschädigungsregelungen vorzusehen.
8. Überdies enthält der Gesetzentwurf zahlreiche Begriffe, die nicht eindeutig definiert sind und die bei den betroffenen Diensteanbietern zu Verunsicherungen führen können. So ist etwa unklar, ob Diensteanbieter anhand der Liste über „Zieladressen“ und „vollqualifizierte Domainnamen“ eine ganze Domain oder nur einen Host sperren müssen. Im Interesse der Rechtssicherheit müssen die Vorgaben an die Verpflichteten aber klar und deutlich definiert werden.

9. Der Bundesrat hält es überdies für erforderlich, das gesamte Spektrum der Verpflichtungen und Haftung von Webseiten-Betreibern und Diensteanbietern zu reformieren. Er betrachtet mit Sorge, dass die zunehmende Zahl an Verpflichtungen zu einer Marktberreinigung nicht nach Qualität, sondern nach Finanzkraft führt. Technische und organisatorische Aspekte müssen im Detail mit den Betroffenen und den Verbänden abgestimmt werden, um unnötige Kosten zu vermeiden und einfache praxisgerechte Regelungen zu finden. Dabei ist darauf zu achten, dass kleine Informationsanbieter im Internet die Anforderungen erfüllen können. Das ist insbesondere wichtig, um die Meinungsvielfalt zu erhalten.

Gegenäußerung der Bundesregierung

Die Bundesregierung äußert sich zur Stellungnahme des Bundesrates wie folgt:

Zu Nummer 1

Die Bundesregierung geht davon aus, dass das Bundeskriminalamt die Sperrliste laufend aktualisiert und dass Internetadressen, die keine Kinderpornographie mehr enthalten, unverzüglich von der Liste entfernt werden. Die Bundesregierung wird den hierzu unterbreiteten Formulierungsvorschlag des Bundesrates im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens prüfen.

Zu Nummer 2

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

Zu Nummer 3

Die Bundesregierung wird prüfen, ob Änderungen des Entwurfs zu empfehlen sind. Dabei kommt auch eine Streichung von § 8a Absatz 5 TMG-E in Betracht. Die Bundesregierung weist darauf hin, dass mit dem Gesetzentwurf keine Beeinträchtigung der Datenschutzrechte der Nutzer, die sich insbesondere aus dem Telemedien- und dem Telekommunikationsgesetz ergeben, einhergeht. Insbesondere regelt der vorgeschlagene § 8a Absatz 5 nicht, dass die Daten für Zwecke der Strafverfolgung gespeichert werden sollen. Das Gesetz sieht vielmehr eine Verwendung der Daten ausschließlich für Zwecke der Zugangssperre sowie der Umleitung auf die Stoppmeldung vor. Die Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden ergeben sich abschließend aus der Strafprozessordnung, nach der beispielsweise die Ausleitung von Daten grundsätzlich auch ohne deren vorherige Speicherung möglich ist, wenn die Voraussetzungen des § 100g StPO vorliegen. Mit § 8a Absatz 5 Satz 2 des Entwurfs wurde diese ohnehin bestehende Rechtslage lediglich dahingehend eingeschränkt, dass – entsprechend der Zielsetzung der Bekämpfung der Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen – diese Daten lediglich an Strafverfolgungsbehörden und lediglich zur Verfolgung von Straftaten nach § 184b StGB herausgegeben werden dürfen.

Die Bundesregierung hebt im Übrigen hervor, dass mit dem Gesetzentwurf Neuland betreten wird. Bisher liegen keine hinreichenden Erfahrungen mit dem Sperrverfahren vor. Die weiteren Erfahrungen und Entwicklungen – auch hinsichtlich der technischen Umsetzung der Zugangssperre und dabei auftretende Probleme – bleiben abzuwarten. Die Bundes-

regierung verweist auf den innerhalb von zwei Jahren vorzulegenden Evaluierungsbericht.

Zu Nummer 4

Auf die Ausführungen zu Nummer 3 wird verwiesen.

Zu Nummer 5

Die Bundesregierung wird den Vorschlag prüfen. Sie weist jedoch darauf hin, dass Rechtsschutz entsprechend Artikel 19 Absatz 4 des Grundgesetzes nach den Gerichts- und Prozessordnungen auch dann gegeben ist, wenn dies in einem Gesetz mit materiellrechtlichen Regelungen nicht noch einmal ausdrücklich erwähnt wird.

Zu Nummer 6

Die Bundesregierung teilt die Einschätzung des Bundesrates.

Zu Nummer 7

Die Bundesregierung wird die Anregungen des Bundesrates in weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens prüfen.

Zu Nummer 8

Die Bundesregierung teilt die Bedenken nicht. Sie betrachtet die im Gesetzentwurf verwendeten Begriffe als hinreichend genau. Sie weist auf das Anliegen hin, das Gesetz möglichst technologieneutral zu formulieren und alle Sperrtechnologien zu ermöglichen.

Zu Nummer 9

Die Bundesregierung stimmt dem Anliegen des Bundesrates insoweit zu, als die rechtlichen Rahmenbedingungen im Onlinebereich laufend fortentwickelt werden müssen. Dabei sind die berechtigten Interessen aller Beteiligten zum Ausgleich zu bringen. Die Bundesregierung verweist im Übrigen auf die Ausführungen in ihrem Medien- und Kommunikationsbericht 2008.