

Internetrecht zwischen Infrastruktur- und Inhalteregulierung - Von A (wie ACTA) bis Z (wie Zugängerschwerung)

Es ist nicht einfach, nach Prof. Seiwert zu sprechen. Er ist nicht nur ein vielfach ausgezeichneteter Keynote-Speaker, was einen kleinen Gelegenheits-Sprecher wie mich schon ein wenig verlegen machen kann, sondern hatte auch das bessere Thema: „Slow down to speed up - Zeitmanagement in einer hektischen Welt“, da geht es um allgemeingültige Werte, um ein etwas abstraktes, aber umso wichtigeres Thema, im besten Sinne um Lebensweisheit.

Was dagegen kann ich Ihnen bieten? Die üblichen Geschichten von Gesetzen, von Gerichten, und von ähnlichen Grauslichkeiten? Nach dem motivierenden „feel good“-Faktor von Prof. Seiwerts Vortrag wäre ich nun also mit dem k.o.-Schlag an der Reihe, der Sie wieder in die Niederungen der Realität zurückholt, oder zumindest in das, was wir Juristen so unter Realität verstehen. Das ist keine besonders angenehme Ausgangslage, um nicht zu sagen: eine no-win-Situation.

Ich habe Herrn Wein von der nic.at gefragt, warum er mich zu diesem Referat eingeladen hat, und er erklärte mir das etwa so, es sei eben üblich, dass es bei der domain pulse immer einen juristischen Vortrag gibt. Irgendein Jurist redet also immer, und dieses Jahr sollte das eben ich sein.

Für mich hat das ein wenig nach einer Art Amulett-Funktion geklungen: man weiß zwar nicht genau, was der Jurist sagen soll, man rechnet wahrscheinlich auch gar nicht damit, dass man es versteht, aber es kann auch nicht schaden, wenn man sich vorsorglich schon einmal mit einem Juristen wappnet, um die bösen Geister des Rechts zu bannen, denen man an allen Knotenpunkten des Netzes begegnet.

Themenmäßig ließ mir Herr Wein daher einige Freiheit. Eine Art Streifzug sollte es sein durch aktuelle Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Internet. Ausbedungen habe ich mir nur, nicht über klassisches Domain-Namensrecht reden zu müssen.

Für die Konzeption meines Vortrags habe ich freilich noch mitbekommen, ich solle bedenken, dass überwiegend Nichtjuristen im Publikum sein werden, und dass ich mich nicht mit spezifisch österreichischen Rechtsfragen aufhalten soll, immerhin würden die Teilnehmer und Teilnehmerinnen der Konferenz auch aus Deutschland, der Schweiz und manchen anderen Ländern kommen.

Was kann ich Ihnen nun also in einer halben Stunde wirklich erzählen?

Als Titel habe ich "Internetrecht zwischen Infrastruktur- und Inhalteregulierung" gewählt, weil sich im Spannungsbogen zwischen der überwiegend infrastrukturorientierten Telekomregulierung auf der einen Seite und inhaltsorientierten Regulierungszugängen auf der anderen Seite ein ganz wesentliches juristisches Spielfeld - um nicht zu sagen Schlachtfeld - auftut.

Von A (wie ACTA) bis Z (wie Zugängerschwerung) - das soll auch den potentiell recht weiten Themenkreis andeuten. Tatsächlich könnte ich Ihnen von A bis Z wohl zu fast jedem Buchstaben des Alphabets – ausgenommen vielleicht X und Y – eine Rechtsvorschrift nennen, die durchaus unmittelbar Auswirkungen

auf das Internet hat, aber ich werde mich schon zeitbedingt natürlich auf wenige ausgewählte Aspekte beschränken.

Mein Plan ist im Wesentlichen,

1. zunächst ein paar Worte zum Universaldienst zu sagen
2. dann auf die Netzneutralität im europäischen Kontext einzugehen, und
3. die sogenannte "neue Internetfreiheit" in der Rahmenrichtlinie erörtern, was überleitet zur
4. Problematik der Intermediär-Haftung bzw der Durchsetzung von Immaterialgüterrechten, bei der zunehmend Internetprovider in Anspruch genommen werden - dazu gehört auch der ACTA-Komplex
5. und schließlich die staatlichen Zugriffe unter dem Titel Kriminalitäts- bzw. Terrorbekämpfung und -prävention anzusprechen, also insbesondere die Vorratsdatenspeicherung und die Bestrebungen, illegale Inhalte zu löschen und/oder den Zugriff zu sperren (Stichwort Zugangserschwerungsgesetz) -

Abschließen möchte ich meinen Vortrag mit einem Blick auf das Grundsätzliche, und das sind aus juristischer Sicht natürlich die Grundrechte.

1. Universaldienst:

Der europäische Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste hat sich in mittlerweile gut 20 Jahren seit der ersten noch zaghaften Endgeräteleberalisierung rasant weiterentwickelt. Im "ersten Telekompaket", das zum 1.1.1998 abgeschlossen war, stand die Liberalisierung der klassischen Festnetze im Vordergrund, auf die man sich nur einigen konnte, weil auf der anderen Seite auch Universaldienstverpflichtungen für die ehemaligen Monopolunternehmen eingeführt wurden. Damit sollte den Kunden Sicherheit gegeben werden, dass sie nicht wegen ihres Wohnorts oder ihrer sozialen Stellung von der Teilhabe am (Festnetz-)Telefondienst ausgeschlossen werden.

Diese Universaldienstverpflichtung garantierte - auch im zweiten Telekompaket 2002 im Wesentlichen unverändert - Zugang zu einem Festnetzanschluss, der es den Endnutzern ermöglichen sollte, "Datenkommunikation mit Übertragungsraten, die für einen funktionalen Internetzugang ausreichen, durchzuführen." Immerhin konnte man sich darauf einigen, dass nunmehr bei der Beurteilung, ob die Übertragungsraten für einen funktionalen Internetzugang ausreichen, "die von der Mehrzahl der Teilnehmer vorherrschend verwendeten Technologien und die technische Durchführbarkeit" zu berücksichtigen waren. Vereinfacht gesagt: sobald ADSL üblich wurde, hatte jeder Anspruch auf ADSL - und für die Zukunft, sollte etwa FTTH einmal üblich werden, müsste auch jedermann einen Internetzugang über FTTH bekommen können.

Auf eine bestimmte Bitrate konnte man sich weder 1998 noch 2002 einigen, das lag zB auch an Griechenland, das Sorge hatte, nicht jede Insel ausreichend versorgen zu können. Auf die von Griechenland angebotenen 14,4 kbit/s wollten sich aber die anderen Mitgliedstaaten nicht verständigen. Informell ging man damals - 2002 und bei der Umsetzung in Österreich im Jahr 2003 - von einer Mindestbitrate von 56 kbit/s aus.

Ich erzähle das nicht, damit wir darüber schmunzeln können, was wir vor wenigen Jahren noch als ausreichende Dienstqualität für einen Internetzugang angesehen haben, sondern weil schon das alte Telekomrecht eines deutlich macht: **die Teilhabe am Telefondienst und auch der Zugang zum Internet, wenn auch zunächst bloß in einer Art Grundversorgung, sind eine anerkannte gesellschaftliche Notwendigkeit, von der niemand ausgeschlossen bleiben darf.** Der Staat, der sich von seiner früheren Leistungsverantwortung als Bereitsteller der Infrastruktur und des klassischen Telefondienstes zurückgezogen hat und den Dienst nicht mehr selbst erbringen will, übernimmt immerhin noch Verantwortung dafür, dass es diese Grundversorgung gibt (im juristischen Jargon sprechen wir von "Gewährleistungsverantwortung").

Bei den Verhandlungen über die jüngste Reform des europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (manchmal auch 3. Telekompaket genannt), die schließlich Ende 2009 beschlossen wurde, war natürlich wieder strittig, ob die Universaldienstverpflichtung erweitert werden solle, um jedermann Anspruch auf einen Breitband-Internetzugang zu gewähren. Dazu konnte man sich wiederum nicht durchringen, und so blieb es bei der alten Definition des Mindestangebots im Universaldienst. Die Europäische Kommission, die Erweiterungen des Universaldienstes grundsätzlich skeptisch gegenübersteht, weil sie darin eine gewisse Beschränkung des reinen Wettbewerbsmarkts sieht, wurde aber durch das Parlament zumindest veranlasst, eine Konsultation durchzuführen. Die zunächst für Anfang, dann für Ende 2010 angekündigten Vorschläge der Kommission für Änderungen beim Universaldienst sind bis heute noch nicht vorgelegt worden - wer weiß, ob es sie jemals geben wird.

Die Tendenz, wie sie auch aus den Stellungnahmen in der Konsultation abzulesen sind, dürfte eher dahin gehen, grundsätzlich auf den Wettbewerbsmarkt zu vertrauen, allenfalls eine Basisbitrate - die deutsche Regierung schlägt etwa 1 Mbit/s vor - festzulegen und alle weiteren Ziele, insbesondere den Ausbau im ländlichen Gebiet, eher über Fördermaßnahmen zu erreichen.

Zur Universaldienstverpflichtung kann man also festhalten, dass der jeweilige Universaldienstbetreiber (der in Österreich seit Beginn der Liberalisierung gleich geblieben ist, aber dennoch mindestens fünf Mal seinen Namen gewechselt hat PTA, TA, jet2web, TA, TATA, A1 Telekom) sicherstellen muss, dass Festnetzanschlüsse mit funktionalem Internetzugang unabhängig vom Wohn- oder Geschäftsort verfügbar sind. Das scheint weder rechtlich noch technisch spektakulär, insbesondere in einer Zeit, in der gerade in Österreich vielfach der mobile Breitbandzugang den festen abgelöst hat oder ihm zumindest heftig Konkurrenz macht, wo also das Festhalten an dieser Universaldienstverpflichtung im Festnetz schon ein wenig altmodisch wirken kann.

Dennoch halte ich das für rechtlich signifikant, wenn auch unter einem ganz anderen, vorhin schon angedeuteten Blickwinkel: denn mit der Universaldienstverpflichtung wird die Bedeutung des Internetzugangs in einer verbindlichen Rechtsvorschrift festgeschrieben. Anders gewendet: die Universaldiensttrichtlinie stellt klar, dass die Möglichkeit des Zugangs zum Internet im öffentlichen Interesse liegt. Jede Einschränkung dieser Zugangsmöglichkeiten des Einzelnen widerspricht damit nicht bloß den privaten Einzelinteressen, sondern einem anerkannten öffentlichen Interesse und bedarf daher auch einer entsprechenden Rechtfertigung, die sich auf mindestens ebenso

gewichtige öffentliche Interessen, nicht aber bloß auf andere private Interessen, stützen kann.

Im nächsten Schritt ist zu fragen, was denn unter einem „Internetzugang“ zu verstehen ist, wobei es jetzt nicht um die Bitrate geht, sondern darum, welche Art von Internet wir mit dem Zugang überhaupt erreichen wollen. Faktum ist, dass eine juristische Definition des Internet jedenfalls in der Universaldienststrichlinie fehlt, sodass es auch keinen Grund gibt, dem Begriff eine andere Bedeutung als im allgemeinen Sprachgebrauch zuzumessen. Und dabei können wir - bei aller Unschärfe - von einem öffentlich zugänglichen, weltweiten Computernetz auf der Basis TCP/IP ausgehen. Dass dieses Internet, das vom Gesetzgeber durch die Universaldienstverpflichtung als wesentlich für die gesellschaftliche Teilhabe beurteilt wird, in irgendeiner Weise beschränkt wäre, ob im Hinblick auf bestimmte Internet-Dienste, ob regional, sprachlich, inhaltlich, wie auch immer, dafür gibt es keinen Anhaltspunkt.

Wir dürfen also davon ausgehen, dass grundsätzlich Zugang zu allen Diensten und allen Rechnern, die wir mit TCP/IP erreichen können, möglich sein muss, um auch im Rechtssinn von einem funktionalen Internetzugang sprechen zu können. **Es ist damit nicht nur ein frommer Wunsch an die Marktkräfte, sondern liegt tatsächlich in der Gewährleistungsverantwortung des Staates, dass jedermann Zugang zu diesem offenen Internet haben kann.**

Das bedeutet allerdings nicht, dass jeder ISP uneingeschränkten Zugang anbieten muss, aber der uneingeschränkte Zugang darf zumindest nicht gänzlich vom Markt verschwinden.

2. Netzneutralität

Das führt mich zur Diskussion über die Netzneutralität. Der Streit über die Netzneutralität beginnt in der Regel nicht erst bei der Definition, sondern schon bei den ersten Überlegungen, wie man an eine Definition überhaupt herangehen soll. Ich halte mich an Tim Wu, den Pionier der Netzneutralitäts-Debatte, der Netzneutralität als einen Grundsatz des Netzwerk-Designs definiert, nach dem jegliche Inhalte und Plattformen gleich behandelt werden sollen. („network design principle: The idea is that a maximally useful public information network aspires to treat all content, sites, and platforms equally“). Das Europaparlament hat in einem Zwischenbericht anlässlich der Erörterung des letzten Reformpakets folgendes festgehalten: *„Der Grundsatz der Netzneutralität bezieht sich auf ein Breitbandnetz, das frei ist von Beschränkungen bezüglich der Art der anschließbaren Geräte und der möglichen Kommunikationsarten, das den Inhalt, die Adressen oder Plattformen nicht einschränkt und bei dem die Kommunikation nicht durch andere Kommunikationsströme unvertretbar beeinträchtigt wird.“*

Beide Definitionen zeigen zunächst einmal, dass es sich eher um einen Grundsatz des Netzwerkdesigns als um einen Rechtsbegriff handelt. Ich möchte hier aber in die überwiegend ökonomisch, teilweise auch technisch geprägte Diskussion gar nicht einsteigen, sondern mich gemäß meiner Aufgabe auf eine rechtliche Betrachtungsweise beschränken.

Das mittlerweile beschlossene dritte Telekompaket hat diesbezüglich zwar einzelne Neuerungen gebracht hat, aber keine umfassende Regelung der Netzneutralität (im Übrigen auch keine Begriffsdefinition). Wie so vieles im

letzten Telekom-Reformpaket haben auch die Regeln zur Netzneutralität eher symbolischen Charakter

Die unter deutlich anderen Rahmenbedingungen in den USA geführte Diskussion um die Netzneutralität ist zunächst überwiegend von Ökonomen auch in Europa aufgegriffen worden. Gegen Ende der Verhandlungen zum 3. Telekompaket wurde die Netzneutralität dann aber eines der wichtigsten Debattenthemen auch bei der Reform der Rechtsvorschriften.

Ähnlich intensiv wurde übrigens - außer über Amendment 138, auf das ich noch zurückkommen werde - nur über die angeblich geplante europäische "Super-Regulierungsbehörde" diskutiert, aus der im Ergebnis auch nur ein weiteres Vielfliiegergremium mit beschränkter Kompetenz (das Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation) geworden ist, und über die sogenannte funktionale Separation, das ist die Entflechtung von Infrastruktur- und Dienstebetreibern, die realistischer Weise niemals zur Anwendung kommen wird. Es ist beeindruckend, dass im Ergebnis die härtesten Auseinandersetzungen über im Wesentlichen symbolische Aspekte der Gesetzgebung geführt wurden.

Was steht nun zum Thema Netzneutralität in den Richtlinien, die bis 25. Mai dieses Jahres umzusetzen sind?

Zusammenfassend gibt es

1. einen neuen regulatorischen Grundsatz
2. verstärkte Transparenzanforderungen
3. Eingriffsmöglichkeiten der nationalen Regulierungsbehörden

Zu 1. Artikel 8 Abs 4 der Rahmen-Richtlinie

Zunächst wurde in Artikel 8 Abs 4 der Rahmenrichtlinie ein neuer Grundsatz aufgenommen, nach dem die nationalen Regulierungsbehörden die Interessen der Bürger der Europäischen Union fördern, in dem sie unter anderem die Endnutzer in die Lage versetzen, Informationen abzurufen und zu verbreiten oder beliebige Anwendungen und Dienste zu benutzen.

Das heißt: unter den rund 20 Absätzen und Unterabsätzen, in denen Art 8 der Rahmenrichtlinie derzeit die „politischen Ziele und regulatorischen Grundsätze“ festlegt, findet sich auch ein Ziel im Korb der sogenannten Verbraucherschutzziele, das sich auf die Förderung eines halbwegs neutralen Internet bezieht.

Ich bin der Letzte, der die Bedeutung der Regulierungsziele in Art 8 der Rahmenrichtlinie geringschätzt, schließlich hat nicht nur der österreichische Verfassungsgerichtshof eine der wesentlichsten Entscheidungen zum alten TKG 1997 letztlich auf die Regulierungsziele abgestützt, auch in Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes, an denen ich beteiligt war, werden die Regulierungsziele immer wieder argumentativ verwertet. Und natürlich nimmt auch der EuGH immer wieder auf die Regulierungsziele Bezug.

Dennoch muss man sich vor Augen halten, dass die Ziele vor allem bei der Auslegung anderer Bestimmungen helfen und bei der Beurteilung, ob die nationalen Regulierungsbehörden ihr Ermessen bei den ihnen zukommenden

Aufgaben korrekt ausgeübt haben. Eigene Handlungsbefugnisse für die Regulierungsbehörde schaffen diese Grundsätze jedoch nicht – insofern bleibt auch der hier angesprochene regulatorische Grundsatz zur Netzneutralität von recht begrenzter Bedeutung.

Zu 2. Artikel 20 ("Verträge") Abs. 1 Buchstabe b der Universaldienst-RL:

Die zweite Regelungsebene sind Bestimmungen zur Förderung der Transparenz in Endkundenverträgen. In diesen müssen „in klarer, umfassender und leicht zugänglicher Form“ unter anderen die angebotenen Dienste beschrieben werden, mit Informationen über alle Einschränkungen im Hinblick auf den Zugang zu und/oder die Nutzung von Diensten und Anwendungen, über das angebotene Mindestniveau der Dienstqualität und über Traffic Management Maßnahmen. Dass Einschränkungen verpflichtend anzugeben sind, impliziert freilich gleichzeitig ihre grundsätzliche Zulässigkeit. Allerdings können die Mitgliedstaaten diesbezüglich weitergehende Schutzvorschriften zu Gunsten der Netzneutralität vorsehen, freilich in den Grenzen des Unionsrechts (also jedenfalls nichtdiskriminierend).

Eine weitere Bestimmung (Art 21 Abs 3 lit c und d UD-RL) verlangt von den Mitgliedstaaten, dass sie die nationalen Regulierungsbehörden dazu ermächtigen, den Unternehmen die allgemeine Information ihrer Kunden über Einschränkungen aufzutragen. Dass die nationalen Regulierungsbehörden von dieser Möglichkeit dann tatsächlich Gebrauch machen, wird unionsrechtlich nicht verlangt. Auch hier gilt: die Transparenzregelung impliziert, dass solche Einschränkungen grundsätzlich zulässig sind.

Zudem muss man wohl anmerken, dass mit diesen Transparenzvorschriften gegen jede empirische Evidenz darauf vertraut wird, dass Konsumenten die Geschäftsbedingungen und Leistungsbeschreibungen der Anbieter lesen und verstehen und dass sie schließlich auch in der Lage sind, sich der Einsicht entsprechend zu verhalten.

Zu 3. Artikel 22 ("Dienstqualität") Absatz 3 der Universaldienstrichtlinie

Schließlich verlangt die Universaldienstrichtlinie auch, dass die nationalen Regulierungsbehörden in der Lage sind, Mindestanforderungen an die Dienstqualität für öffentliche Kommunikationsnetze festzulegen. Auch damit wird den Mitgliedstaaten aufgetragen, den nationalen Regulierungsbehörden bestimmte Befugnisse einzuräumen. Die Regulierungsbehörden können von diesen Befugnissen allerdings überhaupt erst nach einem Konsultationsverfahren mit der Kommission Gebrauch machen, sodass kaum von einer besonders starken Eingriffsmöglichkeit zum Schutz der Netzneutralität auszugehen ist.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass der europäische Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, wie er mit 25. Mai dieses Jahres in den Mitgliedstaaten wirksam werden soll, im Hinblick auf die Netzneutralität **letztlich fast ausschließlich auf Transparenz setzt**. Der Rechtsrahmen geht davon aus, dass potentielle Kunden einen Anbieter meiden werden, wenn dieser nur Zugang zu eingeschränkten Diensten bietet, vielleicht P2P-Netzwerke oder Torrents sperrt oder die Kunden gar nur im walled garden, also im umzäunten eigenen kleinen Gärtlein grasen lassen will, zum Schutz vor

der Wildernis des echten Internet, das sich jenseits der gepflegten Hecke verbergen könnte.

In rechtlicher Hinsicht wäre ein ISP also nicht daran gehindert, ein solches Internet in der gepflegten, gereinigten, eingeschränkten Variante anzubieten, wenn er nur redlich darüber informiert. Tatsächlich zeigt ja die Erfahrung – Stichwort: iPhone – dass solche Einschränkungen von Vielen auch gar nicht als belastend, sondern als segensreicher Schutz vor allzuviel Unübersichtlichkeit empfunden werden. Ich würde daher solche unmittelbar einsichtigen Einschränkungen, also etwa echte walled gardens, nicht per se als problematisch ansehen.

Kritischer sind aus meiner Sicht aber Beschränkungen zu beurteilen, die für den Endkunden nicht sofort erkennbar sind. Zu denken wäre etwa an Traffic Shaping- bzw Traffic Management-Maßnahmen, die über das technisch zum störungsfreien Betrieb Erforderliche hinausgehen. Solche Maßnahmen könnten ein qualitatives Zweiklassen-Internet zum Ergebnis haben, in dem bestimmte Dienste schneller und verlässlicher transportiert werden - vor allem natürlich, wenn dafür von anderer Seite, vor allem von Contentanbietern, bezahlt wird.

Auch wenn man aus ökonomischer Sicht vielleicht Gefallen an einem solchen Zweiklassen-Internet finden kann - jedenfalls wenn man Netzbetreiber, Consulter oder Regulierer ist (wobei ich jetzt nicht einmal regulatory capture unterstelle) - in rechtlicher Hinsicht könnten damit jedenfalls vertragsrechtliche Probleme entstehen. Denn die allgemeine Verbrauchererwartung für einen Internetzugang, oder – im Sinne des Gewährleistungsrechts – dessen gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft ist doch, dass der Transport der von mir abgerufenen Inhalte nicht davon beeinflusst wird, dass und wie viel allenfalls der Contentanbieter im Hintergrund einem Netzbetreiber leistet. Soll dieser Grundsatz durchbrochen werden, müsste das nach den erwähnten Transparenzregeln dem Kunden offengelegt werden, wobei die Information meines Erachtens nicht im "Kleingedruckten" der Allgemeinen Geschäftsbedingungen versteckt werden darf, zumal es sich um ungewöhnliche und für den Kunden nachteilige Regelungen handelt, die nur bei entsprechend deutlichem Hinweis Vertragsinhalt werden können.

Wie geht es in Sachen Netzneutralität weiter:

Um die recht intensive Diskussion anlässlich der Beschlussfassung des 3. Telekompakets wieder etwas in geordnetere Bahnen zu bringen, hat die Kommission schließlich als Teil des Kompromisspakets eine offizielle, im Amtsblatt veröffentlichte Erklärung zur Netzneutralität abgegeben.

Darin kündigt sie an, die Umsetzung der einschlägigen Bestimmungen aufmerksam zu beobachten, was freilich eine typische Leerfloskel ist, mit der üblicherweise eher verschleiert werden soll, dass aktiv gerade eben nichts unternommen wird. Außerdem sollen die Entwicklungen des Markts und der Technik "beobachtet" werden - in diesem Fall also nicht einmal aufmerksam! - und bis Ende 2010 ein Bericht an Parlament und Rat gelegt werden.

Ein konkreter Bericht wurde bisher zwar nicht vorgelegt, aber immerhin eine Zusammenfassung der Konsultation, die dazu im vergangenen Jahr durchgeführt wurde. Auf dünnen vier Seiten wird dabei im Wesentlichen festgehalten, dass - ich fasse das jetzt zusammen - ohnehin alles in Ordnung sei.

Etwas mehr im Detail: Nach Ansicht der Betreiber gäbe es derzeit keine Probleme ("there are currently no problems with the openness of the internet and net neutrality in the EU"), Verbraucher sind anderer Meinung und verweisen auf konkrete Probleme, aber viele dieser Probleme scheinen, so die Kommission, auf freiwilliger Ebene gelöst worden zu sein. Und überhaupt sei es schwierig, zukünftige Probleme vorherzusagen ("difficult to predict future problems"). Im Allgemeinen reiche der Rechtsrahmen aus, Traffic Management sei ebenso notwendig wie Transparenz, zusätzliche Regulierungsmaßnahmen seien nicht erforderlich, Mindeststandards seien vielfach als kontraproduktiv beurteilt worden.

Ich würde im Ergebnis daher wie beim Universaldienst auch in Sachen Netzneutralität keine weiteren legislativen Initiativen erwarten. Tatsächlich ist - auch für die Juristen - nun eine gewisse Zeit des Abwartens angesagt. Sollten Beschränkungen der Netzneutralität - insbesondere ein schleichendes Zwei-Klassen-Internet - wahrzunehmen sein, würde ich davon ausgehen, dass auf vertragsrechtlicher Seite insbesondere von Verbraucherorganisationen mit den diesen zur Verfügung stehenden Mitteln vorgegangen wird. Das schließt Verbandsklagen sowohl gegen Geschäftsbedingungen als auch gegen irreführende Werbung ein.

Solange es aber ausreichend Anbieter am Markt gibt, die im klassischen Sinne unbeschränkten Zugang zum Internet anbieten, und solange allgemein die Transparenzanforderungen der Richtlinie eingehalten werden, können einzelne ISPs die Netzneutralität zulässiger Weise auf vielfältige Art einschränken. Dass davon besonders beim mobilen Zugang Gebrauch gemacht wird und dort in Zukunft wohl noch stärker differenziert werden dürfte, ist kein Geheimnis. Eine Grenze bleibt freilich in jedem Fall: das Wettbewerbsrecht. Absprachen zwischen Anbietern, wie man möglichst einheitliche Zugangsbeschränkungen vorsehen könnte, sind selbstverständlich nicht zulässig.

Vor diesem Hintergrund überrascht es mich immer wieder, wie einmütig große Betreiber gelegentlich auftreten, wenn es genau um solche Einschränkungen der Netzneutralität geht (jüngst etwa bei der gemeinsamen Präsentation einer A.T.Kearney Studie, die von der Deutschen Telekom, France Telecom, Telecom Italia und Telefónica beauftragt wurde, im Dezember waren FT, TI und Vodafone ähnlich aufgetreten)

Eine abschließende Anmerkung noch zur Konsultation der Kommission über die Netzneutralität: Über die reinen netztechnischen Fragen hinausgehende Probleme wurden nur von wenigen Konsultationsteilnehmern gesehen, vorrangig natürlich von Konsumentenvertretern und Inhalteanbietern. Diese sprachen, nicht ganz unbegründet, auch mögliche Gefahren für die Meinungsäußerungsfreiheit und die Medienvielfalt an. ISPs bzw. Netzbetreiber meinten allerdings, dass es sich dabei um Inhaltefragen handle, die sie gewissermaßen nichts angehen, da sie darüber ja keine Kontrolle hätten.

Meines Erachtens könnte dies aber zu einem kritischen Punkt für Netzbetreiber und ISPs werden: je mehr diese in die früher „neutrale“ Übertragung eingreifen, sei es auch nur durch „Vorrangregeln“, desto mehr steuern sie auch inhaltlich den Informationsfluss. Es darf diese Unternehmen dann auch nicht wundern, wenn sie – etwa von der Medienregulierung oder einer im Medienbereich allenfalls empfindlicheren Wettbewerbsbehörde – auch rechtlich mitverantwortlich gemacht werden.

Besonders dramatisch für Konsumenten kann es natürlich werden, wenn Netzbetreiber und Contentanbieter vertikal integriert sind. Worauf man sich auch in Europa gefasst machen kann, zeigen die Entwicklungen in den USA etwa in der Fusion von NBC und Comcast oder im Streit zwischen Cablevision und Fox.

3. Internetfreiheit - das „Amendment 138“

"Three strikes and you're out" begann als populistisches Konzept von Hardlinern in der amerikanischen Kriminalpolitik: wer dreimal verurteilt wurde, auch wenn es nur wegen Kleinigkeiten war, der sollte lebenslang ohne Bewährung hinter Gittern verschwinden. "Riposte graduée", abgestufte Antwort, war dagegen ein ursprünglich militärisches Konzept, der abgestufte nukleare Gegenschlag im kalten Krieg. Es ist schon ein wenig erschreckend, dass gerade diese beiden Begriffe die Diskussion um Internetsperren in den letzten Jahren geprägt haben. Dabei ging es noch gar nicht um Sperren wegen Angriffen auf die körperliche Unversehrtheit oder sexuelle Selbstbestimmung, wie sie nun in Sachen Kinderpornographie aktuell sind, sondern praktisch ausschließlich um Eingriffe in Immaterialgüterrechte.

Da die Verfolgung von Personen, die im Internet urheberrechtlich geschütztes Material verbreiteten, an praktische und rechtliche Grenzen stieß, preschte vor allem Frankreich zum Schutz der Kreativindustrie der Grande Nation vor. Eine eigene Verwaltungsbehörde sollte ISPs zur Abschaltung von Endkunden verpflichten, denen wiederholte Verstöße gegen Urheberrechtvorschriften vorgeworfen wurden. Ich sage hier absichtlich "vorgeworfen wurden", da ein Hauptkritikpunkt am französischen Vorstoß eben war, dass bereits der Vorwurf zur Abschaltung führen sollte und der Betroffene dann allenfalls mühsam den Nachweis hätte führen sollen, dass er die ihm vorgeworfenen Verletzungen gar nicht begangen hat.

Der französische – zunächst rein innerstaatliche – Vorstoß fiel gerade mit der Diskussion des 3. Telekompakets zusammen und wurde in diesem Zusammenhang von Netzaktivisten geschickt europäisiert. Das war ein riskantes Spiel, da auch Präsident Sarkozy die Angelegenheit in der Folge auf die europäische Ebene brachte, um sich sein Modell gewissermaßen europaweit absegnen zu lassen. Eine echte Grassroots-Bewegung von Internet-Aktivisten schaffte es jedoch mit bemerkenswertem Einsatz, den mit beträchtlichem Druck aufgebauten französischen Vorstoß abzuwehren.

Ziel der Aktivisten war es, in das dafür eigentlich gar nicht angelegte 3. Telekom-Paket eine Bestimmung einzubauen, die das französische Modell eines behördlich verfügten Internetausschlusses für Urheberrechtssünder verunmöglichen sollte.

Besonders überraschend war, dass das komplexe europäische Gesetzgebungsverfahren noch zu einem Zeitpunkt ausgehebelt wurde, als wirklich niemand mehr damit gerechnet hatte. Im Trilog - also in Verhandlungen zwischen Parlamentariern, Kommission und Rat - war schon Einigkeit über einen Text erzielt worden, der nach Ansicht von Kritikern der französischen Position entgegenkam. Die nachfolgende Abstimmung im Parlamentsplenum sollte eigentlich - wie üblich - nur mehr Formsache sein, in der Presseaussendung der tschechischen Präsidentschaft war davon die Rede, dass das Parlament das Paket nur mehr absegnen müsse ("to rubberstamp").

In der entscheidenden Abstimmung war allerdings eine Mehrheit gegen den Kompromiss und für den Abänderungsantrag 138, einer Ergänzung zu Art 8 RahmenRL. Nach diesem Abänderungsantrag sollten die Regulierungsbehörden auch *"dem Grundsatz folgen, dass die Grundrechte und Freiheiten der Endnutzer, insbesondere gemäß Artikel 11 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union zur Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit, keinesfalls ohne vorherige Entscheidung der Justizbehörden eingeschränkt werden dürfen, es sei denn, die öffentliche Sicherheit ist bedroht; in diesem Fall kann die Entscheidung der Justizbehörden im Nachhinein erfolgen."*

Es musste also nachverhandelt werden und schließlich wurde eine Bestimmung eingefügt, die vor allem von der Kommission als "neue Internetfreiheit" vermarktet wurde.

Doch so spektakulär der Gesetzgebungsprozess war, so wenig spektakulär ist im Ergebnis, wenn man es nüchtern betrachtet, die neue Bestimmung. Anstelle des - meines Erachtens übrigens vollkommen zahnlosen - Amendment 138 wurde ebenso zahnlose neue Bestimmung in Art 1 der RahmenRL eingefügt.

Diese sagt zunächst das Selbstverständliche:

„Maßnahmen der Mitgliedstaaten betreffend den Zugang zu oder die Nutzung von Diensten und Anwendungen über elektronische Kommunikationsnetze durch die Endnutzer wahren die in der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts verankerten Grundrechte und -freiheiten natürlicher Personen.“

Der zweite Absatz verlangt, was auch in der Menschenrechtskonvention steht:

„Alle diese Maßnahmen betreffend den Zugang zu oder die Nutzung von Diensten und Anwendungen über elektronische Kommunikationsnetze durch die Endnutzer, die diese Grundrechte und -freiheiten einschränken können, dürfen nur dann auferlegt werden, wenn sie im Rahmen einer demokratischen Gesellschaft angemessen, verhältnismäßig und notwendig sind, und ihre Anwendung ist angemessenen Verfahrensgarantien im Einklang mit der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts zu unterwerfen, einschließlich des Rechts auf effektiven Rechtsschutz und ein faires Verfahren. Dementsprechend dürfen diese Maßnahmen nur unter gebührender Beachtung des Grundsatzes der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Schutz der Privatsphäre ergriffen werden. Ein vorheriges, faires und unparteiisches Verfahren, einschließlich des Rechts der betroffenen Person(en) auf Anhörung, wird gewährleistet, unbeschadet des Umstandes, dass in gebührend begründeten Dringlichkeitsfällen geeignete Bedingungen und Verfahrensvorkehrungen im Einklang mit der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten notwendig sind. Das Recht auf eine effektive und rechtzeitige gerichtliche Prüfung wird gewährleistet.“

Zusammengefasst gilt als neue „Internetfreiheit“ nun der Grundsatz, dass Maßnahmen von Mitgliedstaaten betreffend den Zugang zu oder die Nutzung von Diensten und Anwendungen mittels elektronischer Kommunikationsnetze die in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) garantierten Menschenrechte und Grundfreiheiten und die Grundsätze des Gemeinschaftsrechts respektieren müssen. Dazu hätte es diese Bestimmung nicht gebraucht.

Nationalen Regeln, durch die der Zugang zum Internet für Urheberrechtssünder eingeschränkt wird, steht die neue Bestimmung dann nicht entgegen, wenn die Vorgaben der EMRK eingehalten werden - aber diese Vorgaben müssten auch ohne den neuen Art 1 Abs 3a RahmenRL eingehalten werden.

Die neue Bestimmung wurde zum Zeitpunkt der Beschlussfassung heftig diskutiert, für mich scheinen folgende Aspekte von Bedeutung:

Politische Bedeutung vs. juristische Bedeutung

Die "neue Freiheit" stand im Brennpunkt zivilgesellschaftlichen Erwachens gegen einen als intransparent empfundenen Gesetzgebungsprozess, in einer Zeit, in der in verschiedenster Form Einschränkungen des freien Zugangs zum Internet zur Debatte standen. In beispielloser Weise gelang es, die meist gut geölte Kompromisserzeugungsmaschine zwischen Parlament und Rat zumindest vorübergehend außer Betrieb zu setzen: Die Abweichung des Parlaments in zweiter Lesung vom informell in kleinerer Verhandlungsgruppe mit dem Rat schon akkordierten Text war ein Meilenstein des europäischen Parlamentarismus und ein in dieser Form höchst ungewöhnliches Signal für den Rat. Die hohe politische Bedeutung dieses Gesetzgebungsprozesses bedeutet aber nicht zwangsläufig, dass auch der dabei akkordierte Richtlinienentwurf juristisch gelungen oder bedeutend ist.

Jeder Richtlinienentwurf ist wichtig - oft in schwer vorhersehbarer Form

Auch wenn der Text Selbstverständliches wiederholt, so muss sich die Kommission doch in den Umsetzungsberichten damit befassen, wird also Jahr für Jahr die Mitgliedstaaten damit konfrontieren und so an diese Grundsätze erinnern. Auch sollte man nie unterschätzen, dass solche Texte in anderen oder etwas entfernteren Zusammenhängen wieder auftauchen können - beispielsweise als Argumentationsunterfutter in Verfahren vor dem EuGH, wenn ein Generalanwalt wieder einmal etwas weiter ausholen möchte.

EMRK-Verletzung als mangelhafte Umsetzung von Unionsrecht

Aus rechtlicher Sicht einziger normativer Mehrwert der neuen „Internetfreiheit“ ist, dass Rechte, wie sie bislang in der EMRK verbürgt waren, auch ausdrücklich Teil einer unionsrechtlichen Richtlinie wurden. Damit kann die Kommission bei Nichteinhaltung der Anforderungen der „Internetfreiheit“ ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten; auch den Betroffenen stehen die Möglichkeiten der unionsrechtlichen Rechtsdurchsetzung offen. Nur auf die EMRK gestützt, müsste einzelne Betroffene zunächst alle innerstaatliche Rechtsschutzmöglichkeiten ausschöpfen und könnten sich erst dann mit einer Beschwerde an den EGMR wenden, wo sie in aller Regel noch einmal fünf Jahren auf eine Entscheidung warten müssten.

Was ist mit dem Vertragsrecht?

Die neue „Internetfreiheit“ wendet sich gegen Maßnahmen der Mitgliedstaaten. Sie gewährt keinen Schutz, wenn ein ISP Abschaltungen aus eigenem vornimmt, etwa wenn er sie sich mit der Unterhaltungsindustrie - vielleicht nach einer Klage - einigen und gut vertragen will. Das müsste auch gar nicht vertragswidrig sein; entsprechende Vertragsbestimmungen lassen sich durchaus formulieren. Die "neue Internet-Freiheit" bleibt damit insofern vom Goodwill der ISPs abhängig

Zusammenfassend: die neue Internetfreiheit schützt kaum mehr, als die von allen Mitgliedstaaten ratifizierte EMRK auch geschützt hätte.

4. Immaterialgüterrechte / Intermediär-Haftung

Auslöser für die Debatte um Internetsperren und die neue sogenannte „Internetfreiheit“ waren vor allem Probleme bei der Durchsetzung von Immaterialgüterrechten, oder – etwas vereinfacht – Urheberrechten. Auch Immaterialgüterrechte sind Eigentumsrechte, ein Eingriff in solche Rechte ist daher durchaus vergleichbar mit Diebstahl, wenn auch juristisch nicht dasselbe. Bloß der Umstand, dass bei illegalen Vervielfältigungen im Internet kein physisches Objekt den Besitzer wechselt, ändert also nichts daran, dass durch derartige Handlungen in geschützte Rechtspositionen der Urheber bzw sonstiger Rechteinhaber eingegriffen wird; die Gegenwehr der Rechteinhaber darf also nicht verwundern. Rechtlich heikel ist auch nicht die Anerkennung der Rechte der Urheber, sondern die Frage, wieweit können Dritte, insbesondere ISPs, entweder zur Auskunft über ihre Kunden, die illegaler Handlungen verdächtig sind, verpflichtet werden, oder wieweit trifft die ISPs als „Vermittler“ / Intermediäre selbst eine Haftung für Eingriffe in Urheber- und verwandete Rechte. Beide Fragen sind Gegenstand zahlreicher Gerichtsverfahren, das letzte Wort scheint weder in Österreich, noch – soweit ich das überblicken kann – in Deutschland gesprochen.

In Österreich hat zuletzt vor allem die Klage eines Rechteinhabers gegen einen großen ISP für Aufsehen gesorgt, in der verlangt wird, der ISP solle es unterlassen, seinen Kunden die Verbindung zu einer bestimmten Domain zugänglich zu machen. Ich ersuche aber um Verständnis, dass ich zu einem anhängigen Verfahren, das mir zudem nur aus den Medien bekannt ist, nicht Stellung nehmen möchte.

Gestatten Sie mir dazu aber eine Anmerkung: Wie ich vorher schon erwähnt habe, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis zwischen ISP und Endkunden zunächst in der Regel das Recht des Kunden, Zugang zu allen Diensten und Anwendungen des Internet zu erhalten, was natürlich die Sperrung bestimmter Domains oder IP-Adressen prima facie ausschließt, zumindest soweit dies nicht aufgrund vertraglicher Nebenpflichten – etwa Schutz vor Phishing-Seiten – allenfalls geboten ist.

Es besteht nun kein Zweifel daran, dass es im Internet unzulässige Inhalte gibt, und solche Inhalte in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften vom Netz genommen werden können bzw dass der Zugang dazu verhindert werden kann. Es besteht auch kein Anspruch eines Kunden, Zugang zu verbotenen Diensten und Anwendungen zu bekommen.

Der Versuch aber, ISPs zu zwingen, ihren Endkunden Zugang zu bestimmten Domains generell zu sperren, weil über diese auch illegale Inhalte oder Inhalte unter Verletzung von Urheberrechtsvorschriften verbreitet werden, ist doch ein sehr weitgehender Eingriff, dessen Verhältnismäßigkeit jedenfalls dann in Zweifel zu ziehen ist, wenn die zu sperrende Domain nicht ausschließlich illegale Inhalte aufweist und/oder der ISP sich nicht zum aktiven „Komplizen“ des Rechteevertzlers macht. Ich betone nochmals, dass dies nicht als Bemerkung zum anhängigen Verfahren verstanden werden soll, zumal mir dieses nur aus den Medien bekannt ist.

Im Bereich des Urheberrechts steht auf europäischer Ebene derzeit eine Überarbeitung der sogenannten enforcement-Richtlinie, der RL zur Durchsetzung des geistigen Eigentums, im Raum. Die Kommission hat einen Bericht über die Anwendung dieser Richtlinie vorgelegt und zur Konsultation gestellt. Wie nicht anders zu erwarten, ist darin von einem alarmierenden Volumen und einem ebenso enormen finanziellen Wert der Verletzungen von Rechten des geistigen Eigentums die Rede; ein wesentlicher Grund dafür wird in der „beispiellosen Zunahme der Möglichkeiten, Rechte des geistigen Eigentums zu verletzen, durch das Internet, gesehen.

Der Bericht problematisiert dementsprechend die Rolle der Vermittler, die insbesondere auch ISPs zukommt. Derzeit überlasse es die Richtlinie den Mitgliedstaaten, wann und wie eine gerichtliche Anordnung gegen einen Vermittler erlassen werden kann; dies soll sich in einer neuen Richtlinie ändern; die Kommission will untersuchen, wie der Vermittler enger eingebunden werden kann.

Zu eng darf die Einbindung freilich auch nicht sein, denn es bestehen enge Bezüge zum Datenschutz. Dem Gerichtshof der Europäischen Union zufolge muss ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den verschiedenen geschützten Rechten (beispielsweise dem Datenschutzrecht und dem Eigentumsrecht, das die Rechte des geistigen Eigentums umfasst) hergestellt werden, da sowohl der Datenschutz/die Privatsphäre als auch der Schutz der Rechte des geistigen Eigentums in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union als Grundrechte anerkannt sind.

Die Auseinandersetzungen zwischen Urheberverbänden und Internet Providern hat auch zu einer Reihe von Verfahren vor dem EuGH geführt; wenn man die bisherigen Ergebnisse zusammenfassen will, kann man sagen, dass privatrechtliche Auskunftspflichten für den Provider zulässig, aber nicht notwendig sind und dass in jedem Fall eine Abwägung der betroffenen Grundrechte zu erfolgen hat. Wie weit die Mitgliedstaaten die Provider einbeziehen dürfen, ist Gegenstand eines interessanten anhängigen Verfahrens beim EuGH. Zu prüfen ist die Zulässigkeit eines richterlichen Auftrags an einen Internet Provider, den gesamten Verkehr zu filtern, um mögliche Urheberrechtsverstöße zu identifizieren (C-70/10 Scarlet Extended).

Die Vorlagefragen des Brüsseler Appellationsgerichtshofs sprechen ausdrücklich die betroffenen Grundrechte des Art 8 und 10 EMRK an, und ich gehe davon aus, dass der EuGH die Gelegenheit nutzen wird, ein paar grundsätzliche Aussagen zu Art. 7 (Privat- und Familienleben), 8 (Datenschutz), 11 (Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit) und 17 (Eigentumsrecht; Art 17 Abs 2: „Geistiges Eigentum wird geschützt“) der Grundrechtecharta zu treffen (auch wenn sie im maßgebenden Zeitpunkt des Vorlagefalls noch nicht in Kraft war).

Als letzter Punkt betreffend die Durchsetzung von Immaterialgüterrechten im Internet ist ACTA zu erwähnen, das Anti-Counterfeiting Trade Agreement, ein völkerrechtliches Abkommen, das unter maßgeblichem Einfluss der USA zustande gekommen ist und dessen Ratifizierung demnächst bevorstehen dürfte. Das Abkommen soll den Handel mit gefälschten Waren und sonstige Eingriffe in geistiges Eigentum eindämmen. Es enthält auch Sonderregeln über die Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums im digitalen Umfeld, aus denen sich eine Verpflichtung für ISPs ergeben könnte, Nutzerdaten zur Verfolgung von Rechteinhaltern herauszugeben, auch wenn die ISP selbst keine

Rechte verletzt haben. Immerhin wurde der Text allerdings in der letztvorliegenden Fassung auch dahingehend ergänzt, dass die Rechte auf freie Meinungsäußerung, auf ein faires Verfahren und auf Schutz der Privatsphäre zu wahren sind. Dennoch haben zahlreiche namhafte Urheberrechtsexperten dem Parlament nahe gelegt, dem Abkommen nicht zuzustimmen, solange Abweichungen vom bestehenden EU-Rechtsstand nicht beseitigt und Bedenken betreffend den Datenschutz nicht zerstreut werden können. Ob ACTA in der nun vorliegenden Fassung ratifiziert werden wird, scheint damit nicht sicher. Sollte das Abkommen allerdings ratifiziert werden, würde dies natürlich auch Einfluss auf die Überarbeitung der enforcement-Richtlinie haben.

5. Internet und Strafverfolgung

Ein derzeit noch laufendes europäisches Gesetzgebungsvorhaben ist der Vorschlag für eine Richtlinie zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornographie.

Der Kommissionsvorschlag sah in Art. 21 eine Sperrung des Zugangs zu Webseiten, die Kinderpornographie enthalten, vor. Die Mitgliedstaaten sollten verpflichtet werden, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit der Zugang von Internet-Nutzern zu Webseiten, die Kinderpornographie enthalten oder verbreiten, gesperrt wird. Dies vorbehaltlich angemessener Schutzvorschriften, durch die sichergestellt wird, dass die Sperrung auf das Nötige beschränkt wird, dass die Nutzer über die Gründe informiert und die Inhalteanbieter "im Rahmen des Möglichen" darüber unterrichtet werden, wie sie die Entscheidung anfechten können.

Unbeschadet der Sperrung sollten alle Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen treffen, damit kinderpornographische Webseiten aus dem Internet entfernt werden. Der Rat hat diesen Text schon etwas abgeändert und schlug eine Priorität für das Löschen vor. Vor wenigen Tagen hat nun der Ausschuss für Bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres einen Textvorschlag angenommen, der Grundlage der Parlamentsposition werden könnte – die dann wiederum in Verhandlungen mit Rat und Kommission abgestimmt werden müsste. Wesentlich scheint, dass der Text des Parlamentsausschusses ausdrücklich **legislative** Maßnahmen fordert, "Selbstregulierungsmaßnahmen" oder Vereinbarungen zwischen Behörden und Providern, wie sie in manchen Staaten offenbar üblich sind, wären damit nicht mehr das Mittel der Wahl. Das ist schon insofern zu begrüßen, als solche Selbstregulierungsmaßnahme oder Vereinbarungen zwischen Behörden und Providern ja vor allem dazu dienen, rechtsförmiges Handeln und damit die Möglichkeit von Rechtsmitteln zu vermeiden.

Der Ausschuss verlangt primär das Entfernen, nur wenn dies nicht möglich ist das Sperren, in transparenter Weise und mit angemessenen Schutzbestimmungen, damit die Sperren verhältnismäßig und auf das Notwendige beschränkt bleiben. Wiederum sollen die Nutzer über die Gründe für die Sperre und über die Rechtsmittelmöglichkeiten informiert werden.

Der Textvorschlag folgt dem Text zur sogenannten Internetfreiheit insofern, als er die Einhaltung der Grundrechte ausdrücklich nochmals verlangt, und zusätzlich das Recht auf effektiven und raschen gerichtlichen Rechtsschutz erwähnt, wie dies freilich auch aus der Grundrechtecharta abzuleiten wäre.

Wie geht es weiter: im gegenwärtigen Zeitpunkt kann man kaum eine vernünftige Prognosen abgeben. Meines Erachtens kann man sich aber wohl jedenfalls darauf einstellen, dass eine Richtlinie kommen wird, die wirksame nationale Maßnahmen zur Bekämpfung der Kinderpornographie verlangt. Zu diesen Maßnahmen wird auch das Löschen und - wohl subsidiär - das Sperren von Websites zählen. Ich bin hinlänglich zuversichtlich, dass im Ergebnis dem Konzept "Löschen vor Sperren" der Vorzug gegeben wird, und zwar weniger aufgrund höherer Einsicht als wegen der erkennbaren praktischen Probleme, die ein reiner Sperransatz mit sich bringt. Die Probleme des reinen Sperransatzes wurden ja auch in Deutschland beim Zugangerschwerungsgesetz offenbar, auch wenn die aktuelle Nichtanwendung dieses Gesetzes nicht oder nicht nur auf die technischen Probleme zurückzuführen ist, sondern auf politische Veränderungen und einen – nach Meinung deutscher Kollegen klar rechtswidrigen – „Nichtanwendungserlass“ des Innenministeriums.

Dennoch gehe ich davon aus, dass Sperrinfrastrukturen, auch wenn diese nur subsidiär greifen sollen, errichtet werden. Das mag zwar auf Widerstand stoßen, kann aber bei Einhaltung bestimmter Verfahrensgarantien, insbesondere eines raschen gerichtlichen Rechtsschutzes, letztlich grundrechtskonform umgesetzt werden. Denn natürlich gewährleistet auch das Grundrecht auf Meinungsäußerungsfreiheit oder Kommunikationsfreiheit nicht das Recht, jeden beliebigen Inhalt im Netz konsumieren zu können, sondern findet seine Grenzen an den Rechten anderer bzw. an den Erfordernissen der öffentlichen Sicherheit, der Aufrechterhaltung der Ordnung und der Verbrechensverhütung. Vor dem Hintergrund der manchmal etwas aufgebrachten Diskussion, wie sie jüngst in britischen Medien geführt wurde, aber genauso in Österreich denkbar ist, möchte ich sicherheitshalber betonen, dass die Verfahrensgarantie nicht die Kinderpornographie-Anbieter oder –Konsumenten schützen, sondern diejenigen, die unschuldig solcher Verbrechen verdächtigt werden.

Mir sind die Bedenken technischer wie inhaltlicher und auch rechtlicher Art bewusst, die gegen solche Sperren vorgebracht werden, und es ist wohl zutreffend, dass es eine "slippery slope" sein kann: wenn erst einmal die Sperrinfrastruktur gegen Kinderpornographie errichtet ist, kann diese auch Schritt für Schritt zu einer Art Great Firewall of China ausgebaut werden, die zunächst andere verbotene Inhalte, insbesondere Wikileaks-artige Geheimdokumente, neonazistisches Gedankengut und „Hate Speech“ aussperren kann. Weiters könnten wohl auch illegale Tauschbörsen/Linkseiten zu urheberrechtlich bedenklichem Material und vielleicht auch „einfache“ Pornographie in das Blickfeld einer Sperrinfrastruktur kommen, oder, wie es vor kurzem in einem Guardian Leitartikel hieß, !a nice trinity of national security, piracy and porn“ - eine nette Dreifaltigkeit von nationaler Sicherheit, Piraterie und Pornografie.

Wichtig ist, sich dieser slippery slope, der Gefahr einer schleichenden Ausweitung von Sperren und anderen Eingriffen, bewusst zu sein, und daher stets die Beschränkung der Eingriffe auf das Notwendige und Verhältnismäßige sorgfältig wahrzunehmen und Eingriffe in jedem Fall nur nach unabhängiger, also richterlicher Prüfung vorzunehmen.

Die Alternative, gar nichts zu tun, um sozusagen gar nicht erst in Versuchung zu kommen, scheidet nämlich bei näherer rechtlicher Betrachtung aus:

So hat der EGMR in seinem Urteil K.U. gegen Finnland ausgesprochen, dass es gerade das Grundrecht auf Schutz des Privat- und Familienlebens zwingend

erforderlich machen kann, den Nutzer einer dynamischen IP-Adresse, der im Schutze der (vermeintlichen) Anonymität verleumderische Aussagen macht, ausforschen zu können. Im Anlassfall ging es um Vorwürfe intimer Beziehungen eines Zwölfjährigen mit einem älteren Buben. Der EGMR hielt fest, dass das in Art 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention verankerte Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens effektive Schritte erfordert, um einen Verletzer identifizieren und verfolgen zu können. In einem derartigen Fall dürfe sich ein Provider nicht auf Vertraulichkeit berufen können. Die Garantie der Meinungsäußerungsfreiheit und der Vertraulichkeit der Telekom- bzw. Internet-Kommunikation sei nicht unbeschränkt, sondern müsse gelegentlich anderen wesentlichen Anforderungen – wie etwa der Verbrechenverfolgung – weichen. Der Gesetzgeber müsse dafür jedenfalls einen Rahmen vorgeben, in dem die widerstreitenden Grundrechtspositionen abgewogen werden können.

Interessant ist, dass der EGMR in seiner rechtlichen Beurteilung auf die sich entwickelnde Konvergenz der einzuhaltenden Standards Bezug nimmt, womit er offensichtlich auf die RL zur Vorratsspeicherung von Daten abstellt, die er als eine Art gemeinsamen Standard der Mitgliedstaaten ansieht.

Vorratsdatenspeicherung:

Zur Vorratsdatenspeicherung hatte ich darauf gehofft, zumindest aus österreichischer Sicht etwas Neues erzählen zu können, schließlich war der diesbezügliche Ministerratsbeschluss für den 15. Februar angekündigt gewesen.

Allerdings behandelt die Regierung offensichtlich Internetthemen derzeit nicht gerade prioritär. Das sieht man auch an dem vor einem Jahr groß angekündigten sogenannten "Kompetenzzentrum Internetgesellschaft", das seit seiner medial gut angekündigten Gründung offenbar irgendwo im Geheimen arbeitet, aber jedenfalls im Internet noch nicht in Erscheinung getreten ist. Auch zu diesem „Kompetenzzentrum“ hätte es diese Woche einen Beschluss im Ministerrat geben sollen, aber auch hier herrschte Funkstille.

Zur Vorratsdatenspeicherung daher nur eine kurze Anmerkung: nach der EuGH-Entscheidung auf Grund der Anfechtung der Richtlinie durch Irland steht fest, dass die RL gültig ist. Außerdem wurde klargestellt, dass es sich nicht um ein strafrechtliches Harmonisierungsinstrument handelt, sondern um eine zurecht auf die Binnenmarktcompetenz gestützte Telekom-Richtlinie, die auch „nur“ Anforderungen an die Speicherung durch Telekom-Unternehmen festlegt, nicht aber auch Vorschriften für die Datenverwendung oder überhaupt den Zugriff auf diese Daten macht.

Will Österreich, das wegen Nichtumsetzung der Richtlinie schon verurteilt wurde, also einer weiteren Verurteilung, dann mit Strafzahlung, durch den EuGH entgehen, wird also kaum etwas anderes übrig bleiben, als die Richtlinie endlich umzusetzen.

Die von der Kommission angekündigte Überprüfung und Revision aller Datenschutzvorschriften wird - stellt man das typische Brüsseler Procedere in Rechnung - jedenfalls nicht schnell genug kommen, um der Umsetzungsverpflichtung und einer neuerlichen Verurteilung zu entgehen.

Auch in Deutschland wird nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts kein Weg an der Neufassung vorbeiführen. Entwürfe und gute Ratschläge für die

Umsetzung gibt es da wie dort genug. Viele rufen allerdings auch zum "Boycott" der Umsetzungsverpflichtung und zum Zuwarten auf.

Sie werden schon im Hinblick auf meinen Beruf nicht erwarten, dass ich mich einem Aufruf, klare rechtliche Rahmenbedingungen zu ignorieren, anschließen würde. Aus meiner Sicht ist es daher höchste Zeit, die Richtlinie umzusetzen, auch wenn rechtspolitisch durchaus gravierende Bedenken bestehen. Ich glaube jedoch, dass vielen dieser Bedenken durch entsprechend rigide Beschränkungen nicht bei der Daten-Speicherung – hier lässt die Richtlinie wenig Spielraum – wohl aber beim Zugriff auf Daten zumindest ansatzweise Rechnung getragen werden könnte. Unter den gegebenen Umständen - zu erwartende Anfechtungen bei den Verfassungsgerichten, allfällige Revision der Richtlinie in absehbarer Zeit, hohe Kosten für eine umfassende Implementierung - liegt es aber jedenfalls nahe, zu einer Minimalumsetzung zu raten.

Schluss

Zum Schluss noch ein paar grundsätzliche Anmerkungen:

Es ist eine banale Weisheit, dass das Internet den Rang eines Marktplatzes der Ideen eingenommen hat. Das habe nicht nur ich zuletzt beim österreichischen Internet Summit vor ein paar Monaten gesagt, sondern vor wenigen Tagen auch US-Außenministerin Hillary Clinton. Was auf dem klassischen physischen Marktplatz gilt, muss auch auf dem virtuellen Marktplatz des Internet gelten: dass die Freiheit der Menschen, dort Meinungen und Informationen zu äußern und zu empfangen, nur in ganz engen Grenzen eingeschränkt werden kann.

Art 10 EMRK – und diesbezüglich gleichlautend Art 11 der europäischen Grundrechtecharta - gibt dazu vor, dass Eingriffe nur zulässig sind, wenn sie

- gesetzlich vorgesehen sind,
- einem in Art 10 EMRK ausdrücklich genannten Zweck dienen (zB nationale Sicherheit, Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer),
- in einer demokratischen Gesellschaft zu diesem Zweck notwendig sind,
- und wenn der Eingriff schließlich verhältnismäßig ist.

Art 10 EMRK ist zunächst einmal ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe. Eine allfällige staatlich angeordnete "Netzsperr" gegen Urheberrechtsverletzer muss sich an diesem Maßstab – der im Übrigen ja in der sogenannten neuen „Internetfreiheit“ der Rahmenrichtlinie übernommen wurde - messen lassen.

Der Eingriff müsste daher nicht nur gesetzlich vorgesehen sein und einem legitimen Zweck (hier: Schutz der Rechte anderer) dienen, sondern auch in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutz dieser Rechte notwendig und verhältnismäßig sein.

Ich habe eingangs – unter Hinweis auf die UniversaldienstRL – schon die rechtlich anerkannte Bedeutung des Internet für die Teilhabe am öffentlichen, aber auch am gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und kulturellen Leben betont. Der vollständige Ausschluss von Personen vom Zugang zum Internet, sei es auch „nur“ für ein Jahr oder ein paar Monate, käme einem Ausschluss von diesen

Teilhabemöglichkeiten gleich, einer Kommunikationssperre, die massiv in die Lebensführung eingreift. Ich kann mir nicht vorstellen, dass eine derartige „Netzsperrung“ als Reaktion etwa auf Verletzungen von Urheberrechten den Verhältnismäßigkeitstest des EGMR oder des EuGH bestehen könnte.

Ich möchte aber auch diese Gelegenheit benutzen, auf eine Entwicklung hinzuweisen, die ich mit einer gewissen Sorge beobachte: eine gewisse Tendenz zur „Selbstregulierung“, die ich hier unter Anführungszeichen setzen möchte, weil es eher Selbstjustiz denn Selbstregulierung ist – das eigenmächtige Abschalten von Kunden auf informellem Weg, manchmal auf Zuruf von Behörden, manchmal als Folge von mehr oder weniger freundlichen Verhandlungen mit Unternehmen. Das hat es etwa in Irland gegeben, als Folge eines Abkommens zwischen der Musikindustrie und ISPs, nach denen Nutzer - ohne rechtsstaatliches Verfahren - bei vermuteten Urheberrechtsverstößen einfach abgeschaltet wurden. Denkbar sind auch informelle Übereinkommen mit Behörden, die Internet Service Provider gewissermaßen auf sanftem, nichthoheitlichem Weg in die Pflicht nehmen, bestimmte Zugänge zu sperren.

Sofern dies den Nutzern offengelegt wird und diese die Möglichkeit haben, zu Providern zu wechseln, die sich dem mehr oder weniger sanften Druck von Industrie und/oder Behörden nicht gebeugt haben und weiter offenen Zugang zum Internet ermöglichen, muss das noch nicht zwingend ein grundrechtliches Problem sein, es erweckt aber doch auch den Eindruck, dass es sich insbesondere die Behörden leicht machen wollen und das Risiko von Rechtsstreitigkeiten damit weg von einer allfälligen behördlichen Entscheidung hin zum Verhältnis Provider / Kunde verlagern wollen. Internet Service Provider, aber auch Registrare, die sich auf derartige informelle Kooperationen oder freiwillig vorauseilenden Gehorsam einlassen, sollten sich dieser Konsequenz bewusst sein: wenn es in solchen Fällen Probleme gibt, stehen dann jedenfalls sie selbst in der Schusslinie, nicht die Behörde.

Im Extremfall aber, wenn es gewissermaßen zu flächendeckenden "Kooperationen" zwischen Behörden und Internet Providern kommen sollte, die den freien Weg der Nutzer ins Netz hindern, dann käme eine andere Dimension des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung ins Spiel: die positive Verpflichtung des Staates, die faktische Möglichkeit zur Ausübung dieses Grundrechts zu sichern.

In den Worten des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte: "Die freie Meinungsäußerung ist von essentieller Bedeutung als Voraussetzung für eine funktionierende Demokratie. Die effektive Ausübung dieser Freiheit hängt nicht nur davon ab, dass der Staat seiner Verpflichtung gerecht wird, sie nicht zu stören, sondern kann auch positive Maßnahmen zu ihrem Schutz erfordern, sogar im Verhältnis zwischen Privaten."

Da das Internet mittlerweile ein so wesentliches Instrument der Teilhabe am gesellschaftlichen Leben geworden ist, kann sich der Staat also nicht auf eine passive Rolle zurückziehen, falls der Zugang zum offenen Internet - sei es auch durch private Vereinbarungen - gefährdet würde.