

A. Einleitung: Begriff und Konzept der Internetfreiheit nach der Empfehlung CM/Rec(2016)5 und das Anliegen dieses Berichts

Das Internet ist das virtuelle Rückgrat der digital vernetzten Informationsgesellschaft. Sein Zustand und seine Leistungen beeinflussen alle Bereiche des Zusammenlebens und die menschlichen Lebensrealitäten in einem Ausmaß, das kaum überschätzt werden kann. Das hat auch Auswirkungen auf die Realisierung der Werte und Ziele einer liberalen, demokratischen Gesellschaft, die auf der Achtung der Grundfreiheiten und Menschenrechte beruht. Mit einem Blick auf diese Werte hat das Ministerkomitee des Europarats (CoE) den Mitgliedstaaten empfohlen, dass diese in regelmäßigen Abständen anhand bestimmter Indikatoren bewerten, inwieweit die Standards für Menschenrechte und Grundfreiheiten in Bezug auf das Internet geachtet und umgesetzt werden. Auf dieser Grundlage sollen nationale Berichte ausgearbeitet werden. Diese Indikatoren sind im Anhang zur entsprechenden Empfehlung CM/Rec(2016)5 angeführt. Bei dieser Bewertung und bei der Erstellung der nationalen Berichte soll die Beteiligung aller Betroffenen aus der Wirtschaft, Zivilgesellschaft, Wissenschaft und Technik in deren jeweiligen Rollen sichergestellt werden. Das Bundeskanzleramt (BKA) bereitet die Erstellung eines solchen nationalen Berichts zur Internetfreiheit in Österreich vor. Mit seiner Verfassung hat das BKA Prof. *Walter Berka* und Prof. *Josef Trappel* (jeweils Universität Salzburg) beauftragt. Der Aufbau dieses Berichts wird in der folgenden Einleitung umrissen, wobei vom Begriff und Konzept der Internetfreiheit auszugehen ist.

Unter Internetfreiheit versteht das Ministerkomitee des CoE „die Ausübung und Inanspruchnahme von Menschenrechten und Grundfreiheiten im Internet und deren Schutz im Einklang mit der Konvention“.¹⁾ Es ist folglich ein auf den europäischen Menschenrechtskatalog bezogenes, umfassendes und integrales Konzept, das der Empfehlung zugrunde liegt: Internetfreiheit ist in diesem Sinne eine Freiheit, die durch das Internet und im Internet realisiert werden soll. Darauf beziehen sich auch die in der Empfehlung CM/Rec(2016)5 entwickelten Indikatoren zur Internetfreiheit. Sie konkretisieren die Benchmarks, die aus der Europäischen Menschenrechtskonvention und aus anderen Standards des Europarats abgeleitet werden können. Zugleich legt der vom Ministerkomitee hergestellte Bezug zwischen dem Internet und den Menschenrechten und Grundfreiheiten der Menschenrechtskonvention den Schluss nahe, dass die Internetfreiheit in erster Linie unter den Gesichtspunkten der Bedeutung behandelt und bewertet werden soll, die dem Internet als Mittel der Kommunikation im Kontext demokratischer Gesellschaften zukommt, auf welche die Konvention ver-

¹⁾ Erwägungsgrund 2 zur Empfehlung CM/Rec(2016)5 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten zur Internetfreiheit.

weist. Dabei geht es um die individuellen Kommunikationsmöglichkeiten der Menschen ebenso wie um die mediale und massenmediale Kommunikation im Wege der elektronischen Kommunikationsnetze. „Internetfreiheit“ soll in diesem Sinne förderliche Rahmenbedingungen für die Ausübung und den Genuss der Grundfreiheiten und Menschenrechte in der online vernetzten Informationsgesellschaft gewährleisten.²⁾ Dieses Verständnis wird auch dem folgenden Bericht zugrunde gelegt.

Der Bericht besteht aus zwei Teilen. Sein erster Teil behandelt die rechtlichen Rahmenbedingungen und Standards nach Maßgabe des österreichischen Rechts unter Berücksichtigung der in der Empfehlung des Ministerkomitees angeführten Indikatoren. Der zweite Teil umfasst eine empirische Bestandsaufnahme der Einschätzungen und Bewertungen der Betroffenen aus der Wirtschaft, Zivilgesellschaft, Wissenschaft und Technik entsprechend der Empfehlung CM/Rec(2016)5 und stellt deren Beteiligung an der Erstellung des nationalen Berichts sicher. Die Schlussfolgerungen bewerten auf der Grundlage der rechtlichen Rahmenbedingungen und der erhobenen Einschätzungen der Betroffenen den Status der Internetfreiheit in Österreich.

Für die Einleitung und die Schlussfolgerungen des Berichts zeichnen die beiden Autoren gemeinsam verantwortlich; der Teil zu den rechtlichen Rahmenbedingungen und Standards wird von *Walter Berka*, die empirische Bestandsaufnahme von *Josef Trappel* verantwortlich verfasst. Bezugnahmen auf die Literatur und die Rechtslage bzw Rechtsprechung entsprechen dem Stand Dezember 2017.

²⁾ Zur Vorgeschichte und zum Sinn und Zweck der Empfehlung CM/Rec(2016)5 vgl das Explanatory Memorandum des Steering Committee on Media and Information Society (CDMSI) vom 13. 4. 2016, CM(2016)26-addfinal. Zur Bedeutung des Internet als „one of the principal means by which individuals exercise their right to freedom of expression and information“ vgl auch die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), zB EGMR 18. 12. 2012, Nr 3111/10, Ahmet Yildirim, § 54.

B. Internetfreiheit in Österreich: rechtliche Rahmenbedingungen und Standards

Die Behandlung der rechtlichen Rahmenbedingungen für die Realisierung von Internetfreiheit in Österreich orientiert sich an den Fragestellungen und Indikatoren der Empfehlung CM/Rec(2016)5. Sie weicht allerdings zum Teil von der Systematik der Empfehlung ab, soweit das aus Gründen der besseren Darstellbarkeit sinnvoll erscheint. Die zitierten Rechtsvorschriften und Abkürzungen werden im Abkürzungsverzeichnis aufgeschlüsselt.

I. Der verfassungsrechtliche und europarechtliche Rahmen

Im folgenden einleitenden Abschnitt wird der rechtliche Rahmen für die Realisierung von Internetfreiheit in Österreich skizziert, in erster Linie indem die entsprechenden verfassungsrechtlichen Gewährleistungen (I.1.) sowie die europarechtlichen Rahmenbedingungen dargestellt werden (I.2.). Die Abschnitte I.3. und I.4. skizzieren die regulatorischen Rahmenbedingungen für das Internet sowie die maßgeblichen Grundsätze für die Erlassung von Rechtsvorschriften und einschlägige Politiken mit Bezug auf das Internet.

1. Internetfreiheit und die menschenrechtlichen Garantien der EMRK

• Der Status der Europäischen Menschenrechtskonvention

Der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) kommt in der österreichischen Rechtsordnung der Rang eines Bundesverfassungsgesetzes zu. Sie ist daher ein Maßstab für das gesamte nationale Recht unterhalb der Verfassungsstufe und aus ihr können unmittelbar anwendbare, verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte abgeleitet werden, welche vor dem Verfassungsgerichtshof (VfGH) und den übrigen Höchstgerichten durchgesetzt werden können. Wenn also die Internetfreiheit auf die Inanspruchnahme der in der EMRK gewährleisteten Menschenrechte und Grundfreiheiten im Internet und deren integralen Schutz im Einklang mit der Konvention zielt, wird dem durch den Verfassungsrang der EMRK und ihre unmittelbare Anwendbarkeit Rechnung getragen. Zugleich trägt das österreichische Recht damit der in der Empfehlung des Ministerkomitees ausgedrückten Erwartung Rechnung, dass die in der EMRK garantierten Grundfreiheiten und Menschenrechte „sowohl offline als auch online“ gelten.³⁾ Die Gewährleistungen der Konvention erfassen die verschiedenen Aspekte

³⁾ Erwägungsgrund 1 zur Empfehlung CM/Rec(2016)5 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten zur Internetfreiheit; ähnlich die Resolution 20/8 des Menschenrechtsrats der UN „The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet“ vom 16. 7. 2012; https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/32/L.20 (abgerufen 1. 12. 2018).

von Internetfreiheit, also insbesondere die Garantie der freien Meinungsäußerung durch das Internet, den Schutz vertraulicher Kommunikation im Internet sowie die Verantwortung des Staates für die Respektierung der Menschenrechte im Rahmen der durch das Internet vermittelten Kommunikation.

• Grundrechtliche Garantien der Meinungs- und Medienfreiheit

Der Schutz der durch das Internet vermittelten Kommunikation ist in erster Linie durch das Grundrecht der Meinungsfreiheit gewährleistet, wie es in Art 10 EMRK garantiert ist; weitere Grundrechte des nationalen Verfassungsrechts (Art 13 StGG, Beschluss der Provisorischen Nationalversammlung) ergänzen diesen Schutz.⁴⁾

Art 10 EMRK schützt alle Formen der Individual- und Massenkommunikation unabhängig von den eingesetzten Technologien oder Kommunikationskanälen. Diese Garantie ist daher auch auf die Kommunikation unter Verwendung des Internet anwendbar.⁵⁾ Daher stehen der Zugang zum Netz, die Kommunikation über das Netz einschließlich der freien Wahl der Kommunikationsinhalte und der freie Empfang der durch das Internet vermittelten Inhalte unter dem Schutz des Grundrechts. Einschränkungen dieser Freiheit zur Mitteilung und zum Empfang von Informationen mit den Mitteln des Internet sind nur unter den in Art 10 Abs 2 EMRK genannten Bedingungen zulässig. Sie müssen also gesetzlich vorgesehen sein, einem bestimmten öffentlichen Interesse oder den Rechten anderer dienen und sie müssen verhältnismäßig sein. Dies umschließt die Prüfung, ob Beschränkungen der Meinungsfreiheit zur Erreichung eines legitimen Zieles geeignet, erforderlich und angemessen sind, wobei dies anhand der Wertmaßstäbe einer demokratischen Gesellschaft zu beurteilen ist. Jedenfalls unzulässig und verfassungswidrig sind staatliche Zensurmaßnahmen, wobei sich dieses absolute Verbot der Vorzensur, also von präventiven Maßnahmen einer Inhaltskontrolle, aus einer Bestimmung des nationalen Verfassungsrechts ergibt. Dieses Zensurverbot ist auch auf die Kommunikation im Internet anwendbar.⁶⁾

Auf die entsprechenden Bestimmungen des einfachen Gesetzesrechts und ihr Verhältnis zu den Gewährleistungen der EMRK wird in den nachfolgenden Abschnitten eingegangen.⁷⁾

⁴⁾ Zu den Rechtsgrundlagen und zur Gewährleistung der Meinungsfreiheit im österreichischen Verfassungsrecht vgl. *Holoubek*, Kommunikationsfreiheit, in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VII*¹² (2014) 591; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 910 ff; *Berka*, Verfassungsrecht⁶ (2015) Rz 1452 ff.

⁵⁾ Vgl. zB *Berka*, Verfassungsrecht (Fn 4) Rz 1459; *Holoubek* (Fn 4) 594.

⁶⁾ Das Zensurverbot ergibt sich aus dem Beschluss der Provisorischen Nationalversammlung 1918. Er geht über die Erfordernisse des Art 10 EMRK hinaus, weil nach der Konvention präventive Maßnahmen nicht schlechterdings ausgeschlossen sind; vgl. zum Zensurverbot zB *Holoubek* (Fn 4) 602; zu den engen Grenzen für präventive Maßnahmen im Lichte von Art 10 EMRK vgl. zB EGMR 18. 12. 2012, Nr 3111/10, *Ahmet Yildirim*, § 47.

⁷⁾ Vgl. Abschnitt II.

- **Grundrechtliche Garantien der Privatsphäre, des Datenschutzes und der Vertraulichkeit der Kommunikation**

Die Gewährleistungen der EMRK sind auch maßgeblich, soweit es um den Schutz der Vertraulichkeit der durch das Internet vermittelten Individualkommunikation geht. Private und vertrauliche Internetkommunikation (zB Emails, geschlossene Newsgroups, Messengerdienste) wird durch das Recht auf Achtung des Privatlebens und der Kommunikation (Art 8 EMRK) geschützt und staatliche Eingriffe sind nur unter den Bedingungen des Art 8 Abs 2 EMRK zulässig. Sie müssen daher gesetzlich vorgesehen und zur Erreichung legitimer Ziele erforderlich sein. Nationale Grundrechte ergänzen diesen Schutz, in erster Linie durch das Grundrecht auf Datenschutz (§ 1 DSG) und den Schutz des Fernmeldegeheimnisses (Art 10 a StGG), Letzteres vor allem durch das Erfordernis einer richterlichen Ermächtigung, wenn staatliche Behörden auf den Inhalt einer vertraulichen elektronischen Kommunikation zugreifen. Nach der herrschenden Praxis und der Judikatur des VfGH erfasst das Fernmeldegeheimnis allerdings nur den Schutz von Inhaltsdaten, während andere Informationen über eine elektronische Kommunikation (Stamm-, Standort- und Verbindungsdaten) nicht unter den Richtervorbehalt fallen.⁸⁾

Auf die entsprechenden Bestimmungen des einfachen Gesetzesrechts und ihr Verhältnis zu den Gewährleistungen der EMRK wird in den nachfolgenden Abschnitten eingegangen.⁹⁾

- **Der Schutz der Grundrechte bei der Internetkommunikation**

Den Staat trifft auch eine Verantwortung für die Respektierung der Menschenrechte im Rahmen der Internetkommunikation. Eine solche Verantwortlichkeit ist jedenfalls in dem Umfang verfassungsrechtlich verankert, als sich aus einzelnen Grundrechten positive Handlungspflichten ableiten lassen, der Staat also mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln dafür zu sorgen hat, dass nicht im Wege des Internet von dritter, nicht-staatlicher Seite Grundfreiheiten und Menschenrechte verletzt werden. Solche Schutzpflichten sind im Rahmen des Rechts auf Achtung des Privatlebens (Art 8 EMRK) vor allem im Hinblick auf den Schutz vor schwerwiegenden Beleidigungen oder vor Eingriffen in die Privatsphäre anerkannt. Sie können sich auch aus anderen Gewährleistungen der EMRK ergeben, etwa aus dem Schutz vor erniedrigender und menschenunwürdiger Behandlung (Art 3 EMRK) oder dem Gebot zur Respektierung der religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen anderer nach Art 9 EMRK.

Eine umfassende Pflicht zur Pönalisierung von Erscheinungsformen der Cyberkriminalität kann dem österreichischen Verfassungsrecht nicht entnommen werden. Sie ist daher ein Teil der rechtspolitischen Verantwortung des Strafrechtsgesetzgebers, der dabei allerdings zum Teil an europarechtliche und völkerrechtliche Vorgaben gebunden ist, etwa im Hinblick auf die Bekämpfung von Hasspropaganda oder von Kinderpornografie.

⁸⁾ Vgl zu Art 8 EMRK *Wiederin*, Schutz der Privatsphäre, in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VII/1² (2014) 363; *Berka*, Verfassungsrecht (Fn 4) Rz 1428 ff.

⁹⁾ Vgl Abschnitt IV.