

3. Übertragung geltender Grundsätze der Verantwortlichkeit auf die Akteure digitaler Kommunikation

Die strukturellen Unterschiede zwischen herkömmlicher Kommunikation und digitaler Telekommunikation⁴⁹⁷ können dazu führen, daß zunehmend andere an der Kommunikation beteiligte Akteure als der ursprüngliche Anbieter zur Beachtung von Inhaltsbindungen verpflichtet werden. Wegen der erheblichen Zunahme der direkt aus dem Ausland angebotenen Inhalte⁴⁹⁸ und der Möglichkeit, Inhalte anonym, pseudonym oder verschlüsselt⁴⁹⁹ anzubieten, steigt in digitalen Medien die Zahl der Fälle, in denen der erstverbreitende Anbieter von Kommunikationsinhalten nicht bekannt oder nicht erreichbar ist.

Dann aber rücken Akteure, die die Kontrolle über Vermittlungseinrichtungen haben, über die rechtswidrige Inhalte transportiert werden – also *provider*⁵⁰⁰, Netzbetreiber oder sogar erst der Empfänger (als Inhaber der letzten relevanten Vermittlungseinrichtung) – in den Blick. Sie sind die einzigen, die faktische Zugriffs- oder Sperrungsmöglichkeiten hinsichtlich dieser Inhalte haben⁵⁰¹. Auch infolge der Postprivatisierung entstandene private Infrastrukturbetreiber wie Telefongesellschaften oder Kabelgesellschaften finden sich wegen der Digitalisierung der Medien im Zentrum staatlichen Interesses.⁵⁰² Insbesondere für die Gruppen von Akteuren, die in herkömmlichen Medien keine unmittelbaren Entsprechungen finden, ist zu untersuchen, inwieweit bestehende und auf sie angepaßte Inhaltsbindungen zu einer praktikablen Verantwortungsverteilung führen:

497 S.o. 2. Für die Inhaltskontrolle wesentliche Veränderungen bei den Akteuren der neuen Kommunikationsformen, S. 64.

498 Vgl. dazu unten 3. Kapitel., S. 147.

499 Vgl. dazu unten 4. Kapitel: Fehlende Durchsetzbarkeit staatlicher Regulierung der Kommunikation digitaler Inhalte, S. 162.

500 Zum Begriff oben 2. Für die Inhaltskontrolle wesentliche Veränderungen bei den Akteuren der neuen Kommunikationsformen, S. 64.

501 Zu den technischen Möglichkeiten der *host provider* und *access provider* bei der Inhaltskontrolle im Internet Sieber, CR 1997, 581ff., 653ff.

502 Vgl. § 5 TDG / MDSStV, die – wenngleich unklar und in ihrer Bedeutung heftig umstritten – zumindest „*host provider*“ einer eingeschränkten Inhaltsverantwortlichkeit unterwerfen. „*Access provider*“ haften nicht strafrechtlich, können aber gefahrenabwehrrechtlich zur Sperrung von Angeboten herangezogen werden.

Telefongesellschaften wird durch den ENFOPOL-Entwurf (vgl. FN 479) aufgegeben, ihre Infrastruktur „abhörfähig“ zu gestalten, vgl. oben aa. *Vertraulichkeitsschutz in Strafverfolgung und Strafrecht*, S. 107.

Die Freiheit der privaten Kabelnetzbetreiber, die auf ihrer Infrastruktur verbreiteten Inhalte zu bestimmen, wird durch die staatlichen Landesmedienanstalten beansprucht. Zum gleichen Problem in den USA, Supreme Court of the United States, *Turner Broadcasting System v. FCC*, (Turner I), 512 U.S. . 622 (1994); *Denver Area Educational Telecommunications Consortium v. FCC*, 116 S.Ct. 2374 (1996).

a. Host provider

Host provider stellen den Speicherplatz und die Netzverbindung für fremde Inhalte bereit. Sie sind in der Lage, den Zugang zu auf ihren Rechnern gespeicherten Inhalten - auch ohne Kenntnis oder Einwilligung des Autors - zu verhindern, sofern sie die fraglichen Inhalte kennen. Ob sie auch straf-, wettbewerbs-, jugendschutz- und urheberrechtlich für auf ihren Rechnern gespeicherte Inhalte zur Verantwortung gezogen werden können, richtet sich dagegen zunächst nach den oben gefundenen Grundsätzen der Verantwortlichkeit.

aa. Haftung nach den gefundenen Verantwortlichkeitsgrundsätzen

Die Bestandsaufnahme des geltenden Rechts hat ergeben, daß eine Verantwortlichkeit regelmäßig *Inhaltsmittler* trifft, die die fraglichen Inhalte in relevanter Weise *kommunizieren*. Zu prüfen ist nun, ob die spezifischen Funktionsmerkmale eines *host providers* seine rechtliche Gleichstellung mit diesen Akteuren rechtfertigen können.

Während bei der Tätigkeit von Redakteuren oder Verlegern die inhaltlich-editorialen Elemente der Erstellung, Auswahl oder Bearbeitung von Inhalten sowie deren Multiplikation durch Ausstrahlung oder Druck im Vordergrund stehen, bearbeitet der *host provider* die auf seinen Rechnern abgelegten Inhalte nicht und multipliziert sie auch nicht.

Er speichert Inhalte, übt also schwerpunktmäßig eine eher bibliothekarische⁵⁰³ Verwahrungsfunktion aus, die bei den klassischen Inhaltsmittlern in Form der Archivierung nur eine Nebenrolle spielt. Die Multiplikation dieser Inhalte geht dagegen vom Nutzer (bei Abrufdiensten) oder vom Inhaltsanbieter (bei Verteildiensten) aus, die dabei eine vom *host provider* nur passiv und inhalts offen zur Verfügung gestellte Verbindungsinfrastruktur in Anspruch nehmen. Dies zeigt sich nicht zuletzt auch daran, daß der beim *host provider* gespeicherte Inhalt mit dem beim Nutzer dargestellten Inhalt nicht identisch sein muß.⁵⁰⁴

Anders als etwa im Falle von Buchhändlern liegt das kommerzielle Interesse der *host provider* auch nicht in der Verteilung, respektive im Verkauf von Inhalten, sondern in der Vermietung von Speicherplatz. Die Verteilungsfunktion ist mithin nicht nur ausschließlich passiv, sondern auch eine lediglich nach Kundenwunsch miterbrachte Zusatzleistung.

⁵⁰³ Bibliothekare sind jedoch durch die bisherige Gesetzgebung und Rechtsprechung niemals zur Verantwortlichkeit für die *Verteilung* von Inhalten herangezogen worden, vgl. *Sieber*, JZ 1996, 429 (437). Für das US-Recht zur Stellung von Bibliotheken s. Supreme Court of the United States, *Board of Education, Island Trees Union Free School District No. 26 v. Pico*, 457 U.S. 853 (1982).

⁵⁰⁴ Z.B. bei WWW-Seiten besteht die in Zukunft verstärkt genutzte Möglichkeit, die Seite erst auf Nutzeranfrage aus verschiedenen Datenbanken elektronisch zu generieren (theoretisch buchstabenweise). Manchmal beherbergt daher der einzelne *host provider* nur einzeln nicht rechtswidrige Teile eines insgesamt rechtswidrigen Inhalts.

Auf *unmittelbare Inhaltsmittler* oder *Kommunikatoren* zugeschnittene Regulierungen - und damit der überwiegende Teil der allgemeinen Inhaltsbindungen⁵⁰⁵ - passen daher schon strukturell nicht für den *host provider*.

Wollte man dies anders sehen, so wäre zudem zu beachten, daß die *fehlende Kenntnis* des *host providers* von den auf seinem Rechner befindlichen Inhalten - noch eher als etwa beim Bibliothekar⁵⁰⁶ - typisches Merkmal seiner Tätigkeit ist. Inhaltskontrollregeln, die Vorsatz voraussetzen, können daher regelmäßig nicht zu seiner Verantwortlichkeit führen. *Kennt* er ausnahmsweise die fraglichen Inhalte, weil er untypische Zusatzfunktionen (Angebot eigener Inhalte, Moderation von *newsgroups*⁵⁰⁷, vertragliche Kontrolle von Kundeninhalten⁵⁰⁸) übernommen hat, so wird selbst dann *strafrechtlich* regelmäßig keine Täterschaft, sondern nur eine Teilnahme in Betracht kommen.⁵⁰⁹

Eine Förderung der Tat des Inhalteanbieters durch positives Tun ist darüber hinaus nur bei Verteildiensten denkbar, in denen der illegale Inhalt einmal „ausgestrahlt“ wurde. Bei Abrufdiensten kommt nach dem nach herrschender Meinung ausschlaggebenden Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit nur ein Unterlassungsvorwurf in Betracht, weil das Zurverfügungstellen der neutralen Abrufplattform an sich kein vorwerfbarer Tatbeitrag ist.⁵¹⁰ Dann aber fehlt dem *host provider* regelmäßig die für eine Unterlassungsstrafbarkeit nach § 13 StGB auch für den Teilnehmer nötige⁵¹¹ Garantenpflicht. Die im Ergebnis allein in Betracht kommende Garantenstellung aus der Herrschaft über Gefahrenquellen setzt eine Gefahr voraus, die unmittelbar von der Gefahrenquelle und nicht von dem selbständigen Handeln dritter Personen ausgeht. Von dem *server*-Rechner selbst geht jedoch keine Gefahr aus; diese entsteht erst durch die Abrufentscheidung des Nutzers bzw. die Verbreitungsentscheidung des Inhalteanbieters.⁵¹²

505 Vgl. oben 4. *Regulierte Akteure*, S. 45ff. unter (1).

506 Der Bibliothekar hat auch inhaltlich eine stärkere Beziehung zu den von ihm betreuten Büchern als der *host provider* zu den auf seinem Rechner abgelegten Inhalten.

507 Vgl. *Sieber*, JZ 1996, 429 (441).

508 So ist es Unternehmenspolitik der Telekom, soweit sie im Rahmen ihres Dienstes *T-Online hosting*-Funktionen wahrnimmt, die aufgespielten Inhalte zu kontrollieren.

509 A.A. AG München, MMR 1998, 429 ff - *Somm*, das wohl unvertretbar Mittäterschaft angenommen hat.

510 So auch *Sieber*, JZ 1996, 494 (499). A.A. AG München, MMR 1998, 429 - *Somm*.

511 Vgl. Schönke/Schröder-Cramer, § 27 Rn. 15.

512 Ebenso *Sieber*, a.a.O., 501f mzwN; *ders.*, Schlußplädoyer in der Strafsache gegen den Angeklagten *Felix Somm* vor dem AG München Az. 8340 Ds 465 Js 173158/95 am 28. Mai 1998 in München, 1.b). Insoweit vergleichbar wurde von der StA beim LG München I zutreffend verneint, daß den Betreibern eines Internet-Cafés eine Rechtspflicht trifft, den Benutzer der von ihm zur Verfügung gestellten Geräte an Straftaten zu hindern bzw. dem Benutzer die Kenntnisnahme der von ihm angeforderten Daten in Einzelfällen zu verwehren. Staatsanwaltschaft beim Landgericht München I, Einstellungsbescheid vom 16. Januar 1997, 467 Js 319998/96, abrufbar unter <http://www.netlaw.de/urteile/index.htm#strafrecht>.

Nur soweit Fahrlässigkeit für die Anwendung einer Inhaltskontrollvorschrift ausreicht⁵¹³, stellt sich die Frage, welche *Sorgfaltspflicht* an den *host provider* zu stellen ist, bei deren Verletzung ihm ein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden kann. In Betracht kommt hier kaum eine Prüfungspflicht hinsichtlich der auf dem Rechner gespeicherten Inhalte, entsprechend jener, die z.B. Herstellern urheberrechtswidriger Vervielfältigungen und Buchhändlern auferlegt wird. Diese durch die Rechtsprechung stark erhöhte Prüfungspflicht⁵¹⁴ auf den *host provider* zu übertragen begegnet Zweifeln, weil er einerseits nichts vervielfältigt⁵¹⁵ und andererseits sein kommerzielles Interesse in der unter Verantwortlichkeitsgesichtspunkten unbedenklichen Speicherung der fraglichen Inhalte liegt⁵¹⁶, er also die Verbreitung rechtswidriger Inhalte nicht aktiv fördert. Eher passend ist die Herausgebern von Presseprodukten für den Anzeigenteil zugesprochene, deutlich reduzierte Prüfungspflicht. In jenem Zusammenhang werden nur Anforderungen im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren gestellt, die im täglichen Massengeschäft nicht zu hoch anzusetzen sind⁵¹⁷. Selbst diese Anforderungen können *host provider* nur in weiter reduzierter Form treffen⁵¹⁸. Zum einen fehlen bei ihnen die auch beim Anzeigenteil vorhandenen Elemente der aktiven Vervielfältigung und des kommerziellen Verbreitungsinteresses. Andererseits bekommt – anders als bei der Schaltung von Anzeigen in Presseprodukten – der *host provider* die vom Kunden aufgespielten Inhalte (*news*-Nachrichten, *private homepages*) kaum jemals zu sehen. Auch ist die von ihm beherbergte Datenmenge um ein Vielfaches größer als der Anzeigenteil einer Zeitung. Weiterhin unterliegen die Daten einer viel schnelleren Fluktuation⁵¹⁹. Zudem werden *host provider* – anders als zum Vergleich herangezogene Akteure, die nicht telekommunikative Inhalte mitteln – entweder direkt durch das Fernmeldegeheimnis⁵²⁰ oder die zu dessen Schutz erlassenen Strafvorschriften⁵²¹ an einer Kontrolle gehindert.

513 Etwa in §§ 21 GjSM, 97 UrhG.

514 BGHSt 8, 80; BGHSt 37, 55 (65ff.); BayObLG NJW 89, 1744. Zum Urheberrecht oben FN 176.

515 Unzutreffend ist daher die Behauptung, ein CD-Preßwerk sei mit Diensteanbietern iSd TDG „durchaus vergleichbar“, *Schaefer / Rasch / Braun*, ZUM 1998, 451 (454).

516 Siehe oben. Ähnlich wurden derartige Fälle in der US-Rechtsprechung entschieden: Der bloße Zurverfügungsteller von strafbaren *newsgroup*-Inhalten haftet für diese grundsätzlich nicht, US District Court S.D. NY, *Cubby v. Compuserve*, 776 F.Supp. 135, es sei denn er wirbt besonders mit der „Familienfreundlichkeit“ seiner Angebote, Supreme Court of New York, *Stratton Oakmont v. Prodigy*, 23 Media L. Rep. 1794 (1995).

517 Vgl. FN 166.

518 Abzulehnen ist daher auch die undifferenzierte Gleichstellung eines Mailbox-Betreibers mit einem Zeitungsverleger in Landgericht Stuttgart, Urteil vom 17. November 1987, 17 O 478/87, vgl. unter <http://www.netlaw.de/urteile/index.htm#wettbewerbsrecht> a.E.

519 Daten in den Internetdiensten *IRC (Internet Relay Chat)* und Internet-Telefonie werden grundsätzlich gar nicht gespeichert. Hier kommt nur eine Inhaltsprüfung in Echtzeit in Betracht. *News* und *e-mail*-Inhalte haben teilweise kurze (z.B. abgehende *e-mail* z.T. unter einer Zehntel Sekunde), teilweise längere Verweilzeiten auf dem Server. Zu besonderen Problemen bei der Identifikation rechtswidriger *News*-Nachrichten vgl. *Sieber*, CR 1997, 653ff unter 2.;

520 Dies gilt gem. §§ 85, 3 Nr. 18 TKG einfachgesetzlich für diejenigen, die gewerbsmäßig Telekommunikation anbieten. Ob davon trotz des diese klar umfassenden Wortlautes auch *host provider* fallen sollen ist zweifelhaft, weil das mit Blick auf diese Tätigkeiten geschaffene Teledien-

Will man danach den *host provider* strukturwidrig doch als *kommunizierenden Inhaltsmittler* begreifen, kommen für ihn auch Inhaltskontrollvorschriften in Betracht, die verschuldensunabhängig sind⁵²², soweit sie auf digitale Kommunikationsinhalte überhaupt übertragbar sind.⁵²³

bb. Haftung nach § 5 Abs. 2 TDG

Auch das Teledienstegesetz des Bundes und der Mediendienste Staatsvertrag der Länder⁵²⁴ äußern sich zur „Verantwortlichkeit“ von „Anbietern ... für fremde Inhalte, die sie zur Nutzung bereithalten“ (§ 5 Abs. 2 TDG / MDStV)⁵²⁵.

Zunächst ist fraglich, welche Verantwortlichkeit gemeint ist. Die Regelung im *Bundesgesetz* soll „in Anknüpfung an vorhandene Rechtssätze“⁵²⁶ klärend und klarstellend die Anwendung materieller Vorschriften des allgemeinen Haftungsrechts, also Zivilrecht und Strafrecht, sowie Wettbewerbs- und Urheberrecht erleichtern⁵²⁷. Trotz des übereinstimmenden Wortlautes von Bundes- und Landesregelung⁵²⁸ bezieht sich § 5 MDStV allerdings nur auf die Verantwortlichkeit hinsichtlich Pflichten aus dem Staatsvertrag selbst.⁵²⁹ Nur so verstanden befindet sich die Regelung auch im Einklang mit den Kom-

stegesetz (vgl. §§ 3, 5 Abs. II TDG) gem. § 2 Abs. 4 Nr. 1 gerade nicht für Telekommunikationsdienstleistungen gelten soll. Für eine Anwendung des § 85 TKG auch auf Diensteanbieter nach TDG spricht aber letztlich entscheidend § 5 IV TDG.

521 Vgl. dazu oben *aa. Vertraulichkeitsschutz in Strafverfolgung und Strafrecht*, S. 107.

522 Etwa §§ 3ff. GjSM, 97 Abs. 1 S. 1, 1. HS UrhG, 1, 3 UWG.

523 Siehe oben 2. *Übertragbarkeit bestehender Regeln auf die veränderte Struktur digitaler Kommunikation*, S. 67.

524 S.o. FN 10, 11.

525 Umfangreich zu der Vorschrift nun *Sieber*, Beilage zu MMR 2/1999.

526 Gesetzesbegründung BT-Drs. 13/7385, S. 19; *Engel-Flehsig*, ZUM 1997, 231 (235).

527 So ist die Regelung auch im Schrifttum verstanden worden. Vgl. *Koch*, NJW-CoR online v. 29.6.97; ders., CR 1997, 193ff.; wohl auch *Ladeur*, ZUM 1997, 372 (382ff.); *Instituut voor Informatierecht (Universität Amsterdam)*, Liability for On-Line Intermediaries, 1997, S. 23. Deutlicher als in der Begründung zu § 5 I-III TDG selbst, wird dies auch in der Begründung zu § 5 IV TDG abgrenzend klargestellt, BT-Drs. 13/7385, S. 20. Keine Anwendung soll § 5 TDG nach *Schaefer/Rasch/Braun*, ZUM 1998, 451ff. auf die *urheberrechtliche* Verantwortlichkeit haben; iE genauso, aber auf Völkerrechtswidrigkeit abstellend *Lehmann*, CR 1998, 232; aA *Freitag, Stefan*, ZUM 1999, 185.

528 Teilweise wird in der Literatur, ohne die Kompetenzlage zu problematisieren, einfach angenommen, die weitgehend wortgleiche Vorschrift des MDStV habe den gleichen Regelungsgehalt, *Kröger / Moos*, AfP 1997, 675; *Sieber*, CR 1997, 581 (583); *Spindler*, K&R 1998, 177 (179).

529 Diese Regelungsrichtung ergibt sich sowohl aus der Begründung zum Staatsvertrag selbst als auch aus Stellungnahmen aus der beteiligten Ministerialbürokratie. „§ 5 legt die Verantwortlichkeiten der Anbieter fest. Es geht dabei um die *Verantwortlichkeit für die Einhaltung der Bestimmungen des Staatsvertrages* (Herv. v. Verf.). Die Prüfung dieser medienrechtlichen Verantwortlichkeit ist der straf- und zivilrechtlichen Prüfung vorgelagert. Die allgemeinen bundesrechtlichen Grundsätze des Strafrechts, namentlich zu Täterschaft und Teilnahme, sowie des Zivilrechts (z.B. Unterlassungsansprüche) bleiben unberührt.“ Gesetzesbegründung, S. 6; „Die Regelung der Verantwortlichkeit gilt *zunächst in bezug auf die Einhaltung der Bestimmungen des Staatsvertrages* (Herv. v. Verf.)“, *Kuch*, ZUM 1997, 225 (229).

petenzvorschriften des Grundgesetzes.⁵³⁰ Hinsichtlich der hier in Frage stehenden Verantwortlichkeit nach allgemein rechtsgüterschützenden Vorschriften⁵³¹ vermag daher nur die Bundesregelung Bedeutung zu gewinnen. Da der Gesetzeswortlaut keinen Aufschluß für die Behandlung der „Mediendienste“ gibt⁵³², werden diese wegen des erklärten gesetzgeberischen Willens, beide Dienstgruppen im wesentlichen gleich zu regulieren⁵³³, unter die Bundesregelung zu fassen sein.

Der nach § 5 Abs. 2 TDG privilegierte Akteur muß *Anbieter* sein. Einheitlich als „Diensteanbieter“ wird bezeichnet, wer eigene oder fremde Dienste zur Nutzung „bereithält“ (§ 3 Nr. 1, 1. Alt. TDG). Kein Anbieter sondern Nutzer ist, wer Dienste nachfragt, § 3 Nr. 2 TDG. Diese Abgrenzung ist kaum als gelungen zu bezeichnen. Derjenige, der einen Inhalt als *e-mail-attachment* adressiert an eine bestimmte Person versendet, macht genauso ein „Angebot im Bereich der Individualkommunikation“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TDG), wie er ein solches, nämlich den *e-mail-Dienst* seines *providers*, nachfragt. Wer den Service eines *host providers* nachfragt, der Speicherplatz für *Homepages* zur Verfügung stellt, ist Nutzer, macht aber möglicherweise gleichzeitig ein „Angebot zur In-

530

Tatsächlich wäre die entsprechende Regelung des MDStV kompetenzwidrig, wollte sie ebenfalls die straf- und zivilrechtliche Verantwortlichkeit regeln, weil die Regelung des Bürgerlichen Rechts und des Strafrechts gem. Art. 74 I Nr. 1 GG dem Bund zugewiesen sind und dieser davon in gem. Art. 72 GG zulässiger Weise durch Kodifikationen Gebrauch gemacht hat, so auch *Koch*, CR 1997, 193 (194). Für das Urheberrecht besteht sogar ausschließliche Bundeskompetenz nach Art. 73 Nr. 9 GG.

Fehlerhaft ist daher, die Verfassungswidrigkeit der Regelung zu bejahen wie *Koch*, NJW-CoR online v. 29.6.97; *Martenczuk, Bernd*, ZUM 1999, 104. Wohl auch *Engel-Flehsig*, a.a.O., 239.

531

Vgl. oben 2. *Regulierte Inhaltsarten*, S. 29.

532

Unklar bleibt, ob das TDG Mediendienste explizit aus seinem Anwendungsbereich ausnimmt. Auf einer solchen Abgrenzungsklausel haben die Länder immer bestanden und die Geltung der Gegenabgrenzung zum TDG in § 2 I 3 MDStV von der Aufnahme einer entsprechenden Klausel ins TDG abhängig gemacht (§ 23 II MDStV). Die Klausel fehlte in den ersten Entwurfsfassungen des TDG vom Mai und Juni 1996, tauchte dann in der Fassung vom 8.11.96 erstmalig auf (§ 2 IV: „Dieses Gesetz gilt nicht für ... Nr. 3 Mediendienste im Sinne des § 2 des Mediendienstaatsvertrages in der Fassung vom...“) und fehlte dann wieder in der vom Bundestag beschlossenen und dem Bundesrat zur Beratung vorgelegten Fassung der BR-Drs. 966/96, S. 7ff. Im parlamentarischen Verfahren nach Art. 76 II GG nimmt der Bundesrat am 21.2.97 zu der Frage in dem Sinne Stellung, daß er die Wiedereinführung der Abgrenzungsklausel „im Wege des ländertreuen Verhaltens“ des Bundes für „unverzichtbar“ halte, „auch um eine verfassungsgerichtliche Klärung entbehrlich zu machen“. In der letztlich Gesetz gewordenen Fassung findet sich nun folgender § 2 IV TDG: „Dieses Gesetz gilt nicht für... 3. inhaltliche Angebote bei Verteildiensten und Abrufdiensten, soweit die redaktionelle Gestaltung zur Meinungsbildung für die Allgemeinheit im Vordergrund steht, nach § 2 des Mediendienstaatsvertrages in der Fassung vom 20. Januar bis 7. Februar 1997.“ Diese Abgrenzungsklausel dürfte – abgesehen von der offensichtlichen Unseriösität mit der hier Gesetzestexte zustandekommen - ins Leere gehen, da es keine jemals Gesetz gewordene „Fassung des MDStV“ zwischen dem 20.1. und 7.2.97 gegeben hat. Dieser ist erst am 1.8.97 in Kraft getreten. Für eine Anwendung von § 5 TDG auf Mediendienste *Engel-Flehsig*, ZUM 1997, 231 (239), wohl auch *Spindler* in Roßnagel, IuKDG, § 2 TDG (noch nicht erschienen), der einen Vorrang des Bundes- vor Landesrecht annimmt. Verneinend *Koch* CR 1997, 193 (198), der Mediendienstanbietern, die Privilegien des § 5 TDG vorbehalten will und darauf allein die allgemeinen Regeln des Strafrechts anwenden will.

533

Gemeinsame Erklärung des Bundes und der Länder v. 18.12.96, abgedruckt bei *Engel-Flehsig*, ZUM 1997, 231.

formation oder Kommunikation“ im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 2 TDG⁵³⁴. Hinsichtlich eines Inhalts schließen sich jedoch Nutzer- und Anbieterstellung aus, wie sich etwa daraus ergibt, daß Nutzer Angebote anonym nutzen dürfen, Anbieter diese jedoch regelmäßig⁵³⁵ nicht anonym machen dürfen. Letztlich wird im Rahmen des § 3 TDG nach dem Schwerpunkt der Tätigkeit des Akteurs abzugrenzen sein. Dabei ist entscheidend, ob wirklich ein *Dienst* zur Nutzung bereitgehalten wird, wofür das Bereithalten eines *Inhalts* – woran § 5 Abs. 1 und 2 TDG anknüpfen – nicht ausreichen dürfte.

Der hier in Rede stehende *host provider* ist danach Anbieter, wenn er auf seinem Speicherplatz (fremde) Dienste zur Nutzung bereithält. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn er einen *Mail-* oder *news server* betreibt: Diese Angebote erschöpfen sich nicht in der bloßen Inhaltsdarstellung, sondern bieten den Nutzern zusätzliche *Dienst*-Merkmale, wie etwa die Weiterleitung zu versendender *news-* oder *e-mail*-Nachrichten. Beherbergt der *host provider* nur fremde Inhalte (er betreibt etwa einen *WWW server*), ist zu differenzieren. Eine *Homepage*, deren Nutzung sich in der Betrachtung und eventuell Speicherung erschöpft, ist kein *Dienst*, sondern ein bloßer Inhalt. Zum *Dienst* werden solche Inhalte erst, wenn sie zusätzliche interaktive Nutzungen wie etwa Suchfunktionen, Rückantwort oder Direktbestellung von Waren oder Dienstleistungen erlauben (Audio-/Videodatenbank).

Während es nach der bisherigen Rechtslage nicht darauf ankommt, ob der fragliche Akteur *eigene* oder *fremde* Inhalte kommuniziert⁵³⁶, soll nach § 5 Abs. 2 TDG nur derjenige Anbieter eingeschränkt verantwortlich sein, der *fremde* Inhalte zur Nutzung bereithält.

Bei der Definition von *fremden* Inhalten sollte auf eine inhaltliche Wertung vollständig verzichtet und ein *technisches* Verständnis angelegt werden, um Schwierigkeiten zu vermeiden⁵³⁷: Technisch betrachtet ist ein Inhalt immer für denjenigen fremd, der eigenen Speicherplatz für diesen Inhalt zur Verfügung stellt, ihn aber nicht selbst im Wege des *upload* zugänglich macht oder im Wege der adressierten Versendung kommuniziert; fremd sind Inhalte also regelmäßig für den reinen *host provider*. Abgrenzungsprobleme zu „zu eigen gemachten Inhalten“ können dann nicht auftreten, wenn darauf abgestellt wird, wer die fraglichen Inhalte auf den *server* gestellt hat⁵³⁸.

534 Vielfach wird auch an § 2 Abs. 2 Nr. 4 MDSStV zu denken sein. Zur Abgrenzung von § 2 TDG und MDSStV nur v. *Heyl*, ZUM 1998, 115 (117); *Kröger/Moos*, AfP 1997, 675 mwN.

535 Vgl. § 6 TDG (nur für geschäftsmäßige Angebote), § 6 Abs. 1 MDSStV (für alle Angebote).

536 Vgl. oben 4. *Regulierte Akteure*, S. 45.

537 Die bei einem auch *inhaltlichen* Verständnis von § 5 Abs. 2 TDG aufkommenden Wertungswidersprüche und Abgrenzungsschwierigkeiten darstellend von *Bonin / Köster*, ZUM 1997, 821 ff.

538 Die Ansicht des AG München, MMR 1998, 429, „...zwar handelt es sich bei den drei Computerspielen um von Dritten hergestellte Inhalte. Dies ist jedoch unbeachtlich, denn *CompuServe* USA hat diese Inhalte auf ihren Foren als eigene Inhalte angeboten, d.h. *CompuServe* USA hat sich damit den jeweiligen Inhalt dieser Spiele in ihrem Dienstangebot zu eigen gemacht.“ ist i.E. zutreffend, wenn der Sachverhalt korrekt wiedergegeben wurde, d.h. wirklich *CompuServe* die fraglichen Spiele hochgeladen hatte.

§ 5 Abs. 2 TDG stellt einen „Filter“ dar, den „ein möglicher Haftungsfall zunächst ... passieren muß, bevor dann die Prüfung nach den Maßstäben des jeweiligen Rechtsgebiets, also etwa des Zivil-, des Straf- oder des Polizei und Ordnungsrechts, erfolgen kann“.⁵³⁹ § 5 Abs. 2 TDG fordert - wie der für verschuldensunabhängige Ansprüche eingreifende Abs. 4 - zunächst die Kenntnis, technische Möglichkeit und Zumutbarkeit der Zugangsverhinderung.

Unklar ist der Grad der erforderlichen *Kenntnis*. Die Gesetzesbegründung begrenzt jede mögliche Verantwortlichkeit auf „vorsätzliches Handeln“.⁵⁴⁰ Im Schrifttum wird teilweise sicheres Wissen in der Form des *dolus directus* unter Ausschluß des *dolus eventualis*⁵⁴¹, teilweise zumindest „positive Kenntnis des einzelnen, konkreten Inhalts“ verlangt.⁵⁴² Da der Begriff der „Kenntnis“ in § 5 Abs. 2 und 4 die Vorschrift die Verantwortlichkeit für mehrere Rechtsgebiete vorbestimmt, scheint ein rein strafrechtlich verstandener *dolus eventualis* nicht passend. Gegen ein solches Verständnis spricht auch der Wortlaut. Zumindest wird daher positive Kenntnis des einzelnen Inhalts zu fordern sein.

Fraglich ist, ob auch die Kenntnis der Rechtswidrigkeit zu fordern ist. Wird etwa der *host provider* eines Kunden, der auf dem *server* Reisen mit mehr als 14 Tage späterem Reiseantrittsdatum als „*Last-Minute*“-Angebote anpreist, vom Konkurrenten des Kunden abgemahnt, kennt er die fraglichen Inhalte. Der *host provider* soll in diesem Fall auch dann haften, wenn die Wettbewerbswidrigkeit dieser Anzeigepaxis erstmals im folgenden Gerichtsverfahren festgestellt wird⁵⁴³. Speziell bei Inhaltskontrollvorschriften, bei denen sich die Rechtswidrigkeit des Inhalts nicht in zumutbarer Weise aus dem Gesetzeswortlaut erschließen läßt, sondern typischerweise erst durch die Rechtsprechung aus Generalklauseln („sittenwidrig“, „irreführend“, vgl. §§ 1, 3 UWG) hergeleitet wird, ist zu fordern, daß die Kenntnis des Inhalts nur dann für die *provider*-Haftung ausreicht, wenn dieser aufgrund bisheriger Rechtsprechung von der Rechtswidrigkeit des Inhalts ausgehen kann. Durch eine solche Beschränkung muß der typischen Inhalts-

⁵³⁹ Engel-Flechsigt, Stefan / Maennel, Frithjof A./ Tettenborn, Alexander, NJW 1997, 2981 (2984);

⁵⁴⁰ In BT-Drs. 13/7385, S. 20 heißt es: „Die Eingrenzung auf vorsätzliches Handeln entspricht der derzeitigen Rechtslage im allgemeinen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht: Die geltende Rechtsordnung setzt im Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht für alle Äußerungsdelikte und sonstigen im Bereich der Teledienste durch bestimmte Inhalte begehbare Straftatbestände Vorsatz, also unbedingte oder bedingte Kenntnis der objektiven Tatbestandsverwirklichung voraus.“

⁵⁴¹ Sieber, Stellungnahme Stellungnahme für den Angeklagten Felix Somm – Entgegnung auf die Anklage der Staatsanwaltschaft in dem Strafverfahren vor dem AG München Az. 8340 Ds 465 Js 173158/95 am 12. Mai 1998 in München –, II. 3. a); ders., CR 1997, 581 ff., 653 ff. (667); Spindler, NJW 1997, 1193 (1196).

⁵⁴² Engel-Flechsigt/ Maennel/ Tettenborn, NJW 1997, 2981 (2985); a.A. AG München MMR 1998, 429 -Somm-: „Kenntnis erfordert jedoch nicht, daß dem Angeklagten die jeweiligen Beiträge der Gewalt-, Kinder- und Tierpornographie im einzelnen bekannt sind.“

⁵⁴³ Vgl. OLG München, Urteil vom 26. Februar 1998, 29 U 4466/97, über <http://www.netlaw.de/urteile/index.htm>.

ferne des *host providers* und dem Konzept der „gestuften Verantwortlichkeit“⁵⁴⁴ des § 5 TDG zumindest in den Fällen Rechnung getragen werden, in denen auch der Inhalteanbieter selbst erreichbar ist⁵⁴⁵. Andernfalls sind bedenkliche Verdachtslösungen von seiten des *host providers* zu befürchten⁵⁴⁶.

Da ein „Kennenmüssen“, also ein fahrlässiges Nichtkennen, nicht ausreicht⁵⁴⁷, schneidet § 5 Abs. 2 TDG die Verantwortlichkeit des *host providers* für Inhaltskontrollvorschriften ab, die Fahrlässigkeit ausreichen lassen.

Außerdem stellt § 5 Abs. 2 TDG klar, daß den *host provider* keine Verantwortlichkeit für Inhalte treffen kann, die er überhaupt nicht kennt. Dies schließt den *host provider* von der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit für diejenigen verschuldensunabhängigen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche aus, die nach der Rechtsprechung bisher keine Kenntnis der Inhalte voraussetzen (v.a. Ansprüche aus zivilrechtlicher Störerhaftung nach § 1004 BGB⁵⁴⁸). Für die in § 5 Abs. 4 TDG geregelte Gruppe der „Verpflichtungen zur Sperrung der Nutzung“ bestehen die gleichen Voraussetzungen.⁵⁴⁹

Anbieter nach § 5 Abs. 2 TDG sind ferner nur verantwortlich, wenn es ihnen technisch möglich und zumutbar ist, deren Nutzung zu verhindern. Größerer Klärungsbedarf, als bei der – mindestens durch technische Sachverständige – befriedigend feststellbaren „technischen Möglichkeit“, ergibt sich bei der *Zumutbarkeit*.⁵⁵⁰

Die Bundesregierung versteht unter „Zumutbarkeit“ in erster Linie die Verhältnismäßigkeit des zur Sperrung zu betreibenden technischen Aufwands. So müßten Kriterien wie der zu erwartende Umfang der Sperrung, der damit verbundene wirtschaftliche Nachteil für den Teledienst und die Schwere der Rechtsbeeinträchtigung durch den betreffenden Inhalt gegeneinander abgewogen werden⁵⁵¹. Der Bundesrat geht von einem

⁵⁴⁴ Vgl. von Bonin / Köster, a.a.O.; Gesetzesbegründung BT-Drs. 13/7385, S. 20.

⁵⁴⁵ Vgl. auch *Cour d'Appel de Paris*, Arrêt du 10 février 1999 Estelle Halliday ./ Valentin Lacambre, http://www.legalis.net/legalnet/judiciaire/decisions/ca_100299.htm, der einen *host provider* für eine bei ihm gespeicherte Seite zur Verantwortung zieht, ohne das Argument zu hören, der (in diesem Fall anonyme !) Inhalteanbieter sei vorrangig verantwortlich.

⁵⁴⁶ Auch Art. 14 des Richtlinienvorschlages der EG zum elektronischen Handel (Vorschlag KOM(1998)586 endg. (FN 14) verlangt für eine Verantwortungsfreiheit des *host provider*, daß dieser „keine Kenntnis davon [hat], daß die Tätigkeit rechtswidrig ist, und ihm [...] auch keine Tatsachen oder Umstände bekannt [sind], aus denen die Rechtswidrigkeit offensichtlich wird.“; vgl. auch Spindler, MMR 1999, 199; Lehmann, ZUM 1999, 180.

⁵⁴⁷ Engel-Flehsig/Maennel/Tettenborn, NJW 1997, 2981.

⁵⁴⁸ Zu diesen Ansprüchen Spindler, K&R 1998, 177 mwN.

⁵⁴⁹ Spindler, a.a.O., 178 möchte den Absatz 4 unter Verweis auf die Gesetzesbegründung auch auf andere verschuldensunabhängige Pflichten als Sperrungsverpflichtungen anwenden, z.B. auf Unterlassungs- oder Beseitigungsansprüche.

⁵⁵⁰ Dort sieht auch Sieber, CR 1997, 581 (584), die größte Problematik: „In der Reduktion der zentralen Verantwortlichkeitsvoraussetzungen von § 5 TDG auf diesen unbestimmten Rechtsbegriff liegen die Schwierigkeiten der Gesetzesanwendung“. A.A. Altenhain, Karsten, AfP 1998, 457 (461), nach dessen Meinung der Möglichkeit und Zumutbarkeit keine besondere Bedeutung zukommt.

⁵⁵¹ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13 / 7385, S. 20.

ähnlichen Verständnis aus, will aber Unzumutbarkeit nur in “extremen Ausnahmefällen” annehmen, z.B. dann, wenn die Nutzung eines bestimmten Inhalts nur durch die vollständige Einstellung eines (im übrigen unbedenklichen) Teledienstes verhindert werden kann⁵⁵².

Ganz anders wurde in der Rechtspraxis die “Zumutbarkeit” verstanden: So hielt der Sprecher des *Deutschen Forschungsnetzes* (DFN) die Aufrechterhaltung einer (seiner Ansicht nach unwirksamen) Sperrung deshalb für unzumutbar, weil er aus dem Internet mit einer Flut von Protesten und Beschimpfungen konfrontiert worden sei⁵⁵³. In ihrer Einstellungsverfügung vom 13.2.98⁵⁵⁴ zu dem u.a. gegen den DFN-Verein in diesem Zusammenhang geführten Ermittlungsverfahren hält es die Bundesanwaltschaft durchaus für zumutbar, alle deutschen *provider* zu verpflichten, die WWW-Abrufe ihrer Kunden über *proxy server*⁵⁵⁵ zu leiten, auf denen Filtersoftware die Zustellung strafbarer Inhalte verhindern soll. Auch das sogenannte *WebBlock*⁵⁵⁶-Konzept wird für durchaus zumutbar gehalten, wenn behauptete Wirksamkeit und Kosten sich bestätigen sollten.⁵⁵⁷

552 Stellungnahme des BR, BT-Drs. 13 / 7385, S. 51.

553 <http://services.rp-online.de/direct/archiv/medianews/april/97-04-23-multi/radikal.shtml>: Das deutsche Forschungsnetz hatte eine Woche lang den Zugang zu einem niederländischen *Server* gesperrt, auf dem eine Ausgabe der in Deutschland verbotenen Zeitschrift “Radikal” bereitgehalten wurde. Die Sperrung wurde dadurch wirkungslos, daß der Inhalt von anderen Servern gespiegelt, d.h. kopiert und allgemein zugänglich gemacht wurde. So konnte - auch von Deutschland aus - der betreffende Inhalt nach wie vor abgerufen werden. Dieser Fall dürfte allerdings heute unter § 5 III TDG / MDSStV fallen.

554 Siehe Einstellungsverfügung des Generalbundesanwalts beim BGH, Az. 2 BJs 104/96-4, MMR 1998, 93; abrufbar unter <http://www.jura.uni-sb.de/jurpc/rechtspr/19980017.htm>.

555 *Proxy server* sind große Netzwerkrechner, die häufig abgerufene Inhalte lokal zwischenspeichern. Eingehende Abrufe nach diesen Inhalten können schneller bedient werden, als wenn jedesmal der Originalinhalt angefordert werden müßte.

556 Vorschlag des als Selbstkontrollorgan der deutschen *provider* konzipierten „Internet-Medienrates“ zur Filterung von Webcontent. Konzeptionell handelt es sich dabei um einen nationalen Firewall, der an dem oder den zentralen deutschen Netzknoten den Verkehr zu anröchigen Internetadressen an sich ziehen und blockieren soll. Diese Maschine überlistet das Netz dadurch, daß sie – aus einer eingegebenen Positivliste verdächtiger hosts – exakte Routing“angebote“ an die Rechner der deutschen *provider* macht. Diese denken dann, daß ihre Daten besonders gut und schnell an die (verbotene!) Zieladresse geschickt werden und übergeben ihre Pakete mit den Abrufwünschen der Nutzer bereitwillig an den Firewall. (Wirksamer und daher in der Studie auch vorgesehen ist es, daß die deutschen *provider* von vorn herein die Routingangebote des Firewalls mit höherer Priorität behandeln.) Der Firewall leitet nun aber mitnichten weiter, sondern prüft zunächst anhand einer zweiten Positivliste, ob die Anfrage an den verdächtigen host sich auf einen tatsächlich verbotenen Inhalt (laut Liste) bezieht. Wenn ja, ignoriert er die Anfrage, wenn nein, leitet er weiter. Vgl. *Bruells, Peter*, Design- und Machbarkeitsstudie der Komponenten *NewsWatch* und *WebBlock*, <http://www.medienrat.de/doku/studie/index.html>; *Gramm, Tobias / Schneider, Michael*, Zur zivilrechtlichen Haftung eines Internet Service *providers*, der einzelne Dienste oder das Gesamtangebot eines anderen *providers* sperrt, <http://www.medienrat.de/doku.html>.

557 Auf den Effekt einer solchen systemwidrigen Zentralisierung des Internet in Deutschland auf den freien internationalen Datenverkehr und die damit verbundenen wirtschaftlichen, politischen und (verfassungs-)rechtlichen Konsequenzen wird nicht weiter eingegangen. Vgl. dazu auch *Hoeren, Thomas*, MMR 1998, 93.

Die Literatur⁵⁵⁸ plädiert für eine „umfassende Interessenabwägung mit flexibler Handhabung“ zur Bestimmung der Zumutbarkeit, die nicht abstrakt, sondern nur im jeweiligen Einzelfall erfolgen könne.⁵⁵⁹ Als Kriterien dieses Abwägungsprozesses wird das Ausmaß der durch Äußerungs- und Verbreitungsdelikte verletzten Rechtsgüter, das Ausmaß der durch Kontrollmaßnahmen tangierten Rechtsgüter und für beide Rechtsgütergruppen das Ausmaß vorhandener Gefährdungs- bzw. Rettungschancen genannt.⁵⁶⁰ Teilweise sollen aber auf Seiten des Normadressaten nur dessen eigene – vornehmlich wirtschaftliche – Interessen als beachtlich anzusehen sein, nicht aber ein Allgemeininteresse am freien Datenverkehr.⁵⁶¹

Auf die Frage, ob es dem *host provider* zumutbar ist, die Nutzung eines auf seinem *server* befindlichen, ihm bekannten fremden Inhalts zu verhindern, wenn er es technisch könnte wird es allerdings nur in Ausnahmefällen ankommen. Entweder seine Verantwortlichkeit scheidet bereits am Anbieterbegriff des § 3 TDG⁵⁶² oder das nach Passieren des „Filters“ § 5 Abs. 2 TDG einschlägige Sachrecht erfaßt seine Tätigkeit nicht⁵⁶³.

b. Access provider

Access provider stellen keine eigenen Speichermöglichkeiten zur Verfügung, sondern ermöglichen nur den Zugang zu den Informationsinhalten der per Internet verbundenen Rechner für Nutzer, deren Computer nicht direkt im Internet verbunden sind. Meistens wählen die Kunden der *access provider* per Telefonleitung dessen Computer an, der eine temporäre Verbindung (*gateway*) zum Internet herstellt.

Diese Dienstleister sind noch weniger als die *host provider*⁵⁶⁴ mit Akteuren in klassischen Medien zu vergleichen. Da sie dem Nutzer gleichsam eine Position verschaffen, von der aus er Inhalte betrachten kann, entsprechen diese Akteure funktionell allenfalls dem Betreiber einer Aussichtsplattform. Wie dieser nicht für eine unschöne Aussicht verantwortlich gemacht werden kann, haben *access provider* auf die vom Nutzer betrachteten Inhalte keinerlei Einfluß. Daran ändert sich auch nicht, wenn der *access provider* zur Beschleunigung der Bedienung von Nutzeranfragen häufig abgerufene Inhalte aus dem Internet auf eigenen lokalen Rechnern zwischenspeichert (sog. *Proxy-Caching*). Bei dieser Tätigkeit handelt es sich in der Regel lediglich um eine technische Verbesserung des Abrufs.

⁵⁵⁸ Zur Zumutbarkeit äußern sich im wesentlichen Sieber, CR 1997, 581 ff., 653 ff. und Altenhain, AfP 1998, 457 (461).

⁵⁵⁹ Sieber, aaO, 585.

⁵⁶⁰ Sieber, aaO, 586f., Altenhain, a.a.O., S. 462f.

⁵⁶¹ Altenhain, a.a.O., Koch, CR 1997, 193 (200f.).

⁵⁶² S.o. (b).

⁵⁶³ S.o. aa. Haftung nach den gefundenen Verantwortlichkeitsgrundsätzen, S. 113.

⁵⁶⁴ S.o. a. Host provider, S. 113.

aa. Haftung nach den gefundenen Verantwortlichkeitsgrundsätzen

Nach herkömmlichen Grundsätzen kann den *access provider* eine Inhaltsverantwortlichkeit nur dann treffen, wenn er durch zusätzliche Maßnahmen, etwa einer umfassenden Filterung von Inhalten auf seinen *proxy servern*, redaktionelle Funktionen freiwillig übernimmt, etwa als besonderen Service für Firmenendkunden oder andere, seine Infrastruktur nutzende, *access provider*.⁵⁶⁵

Weil der *access provider* dem Nutzer nicht nur die Möglichkeit eröffnet, Inhalte der über Internet verbundenen Computer abzurufen oder zu empfangen, sondern ihm auch die nötige Infrastruktur zur *Veröffentlichung* von Inhalten bietet, kommt für ihn allerdings eine Verantwortlichkeit als Teilnehmer des rechtswidrige Inhalte anbietenden Nutzers in Betracht⁵⁶⁶. Da bei ihm - anders als beim *host provider* - der Tätigkeitsschwerpunkt bei der Herstellung von Verbindungen, also beim Kommunikationsaspekt liegt, ist es möglich, ihn als Unterstützer gerade der *Verteilung* von Inhalten anzusehen. Bei Inhaltsregulierungen, die Teilnehmervorsatz verlangen, dürfte dieser beim *access provider* allerdings in der Regeln fehlen, weil er schon durch das Fernmeldegeheimnis⁵⁶⁷ an der Kenntnis der Kommunikation seiner Kunden gehindert ist.

Auch beim Abruf rechtswidriger Inhalte durch Kunden leistet der *access provider* durch die Weiterleitung des Abrufwunsches an *router* und *domain name server (DNS)* im Netz einen aktiven Tatbeitrag. Dafür könnte er nach allgemeinen Regeln dann zur Verantwortlichkeit gezogen werden, wenn das Beziehen der rechtswidrigen Inhalte durch den Kunden rechtswidrig ist⁵⁶⁸.

bb. Haftung nach § 5 Abs. 3 TDG

Im Teledienstegesetz werden *access provider* nicht als solche benannt, sondern sind unter die Vorschrift des § 5 Abs. 3 TDG zu subsumieren, nach der Anbieter „für fremde Inhalte, zu denen sie lediglich den Zugang vermitteln ... nicht verantwortlich“ sind. Weil im Anwendungsbereich von § 5 Abs. 3 TDG die grundsätzliche Freistellung von Inhaltsverantwortlichkeit für den betreffenden Anbieter besteht, ist die Subsumtion noch umstrittener als beim *host provider*.

⁵⁶⁵ Ein solcher Service wird seit Okt. 1998 von *PSINet Inc.*, dem mit über 40.000 Firmenkunden und mehr als 500 Points of Presence größten unabhängigen Internet Service *provider* für Geschäftskunden, angeboten, vgl. *ots*, PSINet hält das Internet sauber, [http://www.newsaktuell.de/4d.acgi\\$getstory?53704](http://www.newsaktuell.de/4d.acgi$getstory?53704).

⁵⁶⁶ Darunter fallen allerdings nicht die Fälle, in denen der Kunde des *providers* Inhalte auf dessen Rechnern speichern kann, weil dann der *provider* als *host* und nicht als *access provider* tätig ist. Zu denken ist vielmehr an Fälle, in denen der Nutzer über den *access provider* ins Internet gelangt und über diese Verbindung per *FTP* Inhalte auf einen dritten Host ablegt (ein Student pflegt von Paris aus seine auf dem *Server* einer amerikanischen Universität liegende Homepage über eine von *AOL France* hergestellte Internetverbindung).

⁵⁶⁷ Zur Frage, ob die Anordnung des Fernmeldegeheimnisses in § 85 TKG auch für *access provider* etwa im Internet gilt, vgl. FN 520 entsprechend.

⁵⁶⁸ Etwa bei § 184 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 3 Nr. 3 StGB.

Access provider bieten grundsätzlich einen Teledienst des § 2 Abs. 2 Nr. 3 TDG an, denn sie machen Angebote zur Nutzung des Internet und anderer (proprietärer) Netze. § 3 TDG spricht demgegenüber von zwei Gruppen von Diensteanbietern, solchen, die eigene oder fremde Dienste zur Nutzung bereithalten und solchen, die den Zugang zur Nutzung vermitteln, worauf sich auch § 5 Abs. 3 TDG bezieht, weil die Formulierung identisch ist („Zugang vermitteln“). Fielen Zugangsvermittler über § 2 Abs. 2 Nr. 3 TDG schon in die erste Gruppe, ließe sich vertreten, daß § 5 Abs. 3 TDG auf sie keine Anwendung fände.⁵⁶⁹ Die Bundesanwaltschaft kommt gar zu der Auffassung, daß § 5 Abs. 3 TDG keine Freistellung von *access providern* von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit enthalte. Durch die Formulierung des § 5 Abs. 4 TDG, der die Verpflichtung zur Sperrung nach „allgemeinen Gesetzen“ unberührt lasse, sei selbstverständlich, daß die „allgemeinen Gesetze“ auch das Strafrecht umfaßten. Dies ergebe sich schon daraus, daß die gleiche Formulierung in Art. 5 Abs. 2 GG ebenfalls Strafgesetze einschloße. Eine andere Auslegung der Vorschrift sei „systemwidrig“.⁵⁷⁰ Die Bundesanwaltschaft verschließt sich nicht der Tatsache, daß ihre Interpretation der Vorschrift der erklärten Absicht des Gesetzgebers, in § 5 Abs. 4 TDG nicht die strafrechtliche Verantwortlichkeit regeln zu wollen, zuwiderläuft.⁵⁷¹ Diese dem Gesetzentwurf zugrundeliegende Auffassung finde jedoch im Wortlaut der nunmehr Gesetz gewordenen Vorschrift (identisch mit der Entwurfsfassung) „keine Stütze“.

Diese Auffassung der Bundesanwaltschaft ist unhaltbar. Es macht schon denklogisch keinen Sinn, eine wie auch im Einzelnen genau abzugrenzende Gruppe klar als „nicht verantwortlich“ zu bezeichnen (§ 5 Abs. 3 TDG), um ihr im nächsten Absatz die gleiche Verantwortlichkeit wieder aufzubürden.⁵⁷² Vielmehr drückt § 5 Abs. 3 TDG die gesetzliche Vermutung aus, daß eine Sperrung von Inhalten nicht möglich ist, weil eine Rechtmäßigkeitskontrolle nicht in Echtzeit an bloß durchgeleiteten Daten vorgenommen werden kann⁵⁷³. Daher werden die Transporteure / *access provider* aus der straf-

⁵⁶⁹ Wohl ähnlich Koch, CR 1997, 193 (194) FN 4.

⁵⁷⁰ Siehe FN 554.

⁵⁷¹ Sie schreibt: „Insoweit geht zwar der Gesetzentwurf der Bundesregierung, der, soweit § 5 TDG betroffen ist, mit der vom Gesetzgeber beschlossenen Fassung wörtlich übereinstimmt, in der Begründung zu § 5 Abs. 4 TDG davon aus, daß die strafrechtliche und deliktische Verantwortlichkeit der Diensteanbieter nur in den Absätzen 1-3 des TDG geregelt sei, während Abs. 4 lediglich klarstelle, daß die objektiven, das heißt keine Schuld voraussetzenden, Verpflichtungen zur Unterlassung von Rechtsgutsverletzungen davon unberührt bleiben sollten (vgl. BR-Drucksache 966/96, S. 22f.)“, aaO.

⁵⁷² Die Erläuterung der Bundesanwaltschaft, „trotz dieser Einschränkung durch § 5 Abs. 4 TDG läuft dessen Abs. 3 keineswegs leer, da sich aus dem Zusammenspiel von Abs. 3 und Abs. 4 nunmehr positivrechtlich ergibt, daß ein *access provider* nicht gehalten ist, das Netz nach strafbaren Inhalten zu durchforschen und dann darauf zu reagieren, sondern daß eine Verpflichtung zur Sperrung nur dann bestehen kann, wenn er von der Verbreitung strafbarer Inhalte positiv Kenntnis hat und ihm ein Einschreiten möglich und zumutbar ist“, aaO, ist schlicht falsch, da Absatz 3 den *access provider* unabhängig von Vorsatz oder Möglichkeit und Zumutbarkeit eines Einschreitens aus der Verantwortlichkeit entläßt.

⁵⁷³ Vgl. FN 519.

rechtlich-repressiven Verantwortlichkeit entlassen, bleiben aber – wie § 5 Abs. 4 TDG klarstellen will – als Adressaten von Maßnahmen, die kein Verschulden voraussetzen – etwa präventive Sperrungsanordnungen – erhalten. Das Ziel der Bundesanwaltschaft ist hier, sich für ihre „Hinweisschreiben“ an *access provider* eine Wirkung zu sichern, die der einer gefahrenabwehrrechtlichen Polizeiverfügung gleichkommt. Gefahrenabwehrrechtliche Sperrungsverfügungen auszusprechen, liegt jedoch nicht im Kompetenzbereich der Strafverfolgungsbehörden.

Nach der bisherigen Rechtsprechung ist Zugangsvermittler nur derjenige, der Kunden *direkt* mit dem Internet verbindet. Ein *provider*, der Nutzer zunächst über eine Standleitung an eine andere Gesellschaft weiterleitet, die dann wiederum die Internetanbindung vornimmt, ist kein *access provider*.⁵⁷⁴ Diese Auffassung ist zweifelhaft. Wegen des dem Gesetz zugrundeliegenden technischen Verständnisses der Zugangsvermittlung kommt es lediglich darauf an, daß der Zugangsvermittler die fraglichen Daten nicht selbst (das heißt nicht auf Rechnern, die ihm selbst gehören bzw. auf die er selbst Einfluß hat) speichert. Ob der Zugang direkt zum „Internet“ oder zunächst über eine Standleitung erfolgt, kann schon deshalb keine Rolle spielen, weil sich beide Alternativen nicht ausschließen.⁵⁷⁵

Access provider ist vielmehr jeder, der den Zugang zu eigenen oder fremden *Diensten* vermittelt (§ 3 Nr. 1, 2. Alt. TDG). Nach § 5 Abs. 3 TDG von repressiver Inhaltsverantwortlichkeit freigestellt ist ein solche Akteur hinsichtlich fremder Inhalte, zu denen er lediglich den Zugang vermittelt (§ 5 Abs. 3 TDG), d.h. die er weder selbst im Wege des *upload* oder der adressierten Versendung kommuniziert, noch auf eigenem Speicherplatz beherbergt.⁵⁷⁶ An dieser Zweistufigkeit zeigt sich, daß durchaus nicht nur *access provider*, sondern auch andere Anbieter in den Genuß der Haftungsprivilegierung des § 5 Abs. 3 TDG kommen können⁵⁷⁷.

574

AG München, Az. 8340 Ds 465 Js 173158/95, MMR 1998, 429ff. Es ging um die Verantwortlichkeit der deutschen *CompuServe*-Geschäftsführung für auf Rechnern der amerikanischen Muttergesellschaft *CompuServe Inc.* in den USA gespeicherten *newsgroups*. Diese hatten kinderpornographisches Material enthalten. Die Verteidigung hatte angeführt, daß die deutsche Tochtergesellschaft zu den in den USA gespeicherten Inhalten nur den Zugang iSd § 5 III TDG / MDStV vermittelt habe. Diese Interpretation wurde vom Gericht zurückgewiesen. *Somm* wurde nicht gem. § 5 III TDG als nicht verantwortlich bezeichnet, sondern vom Gericht als Mittäter des § 184 III StGB verurteilt. *Sieber*, Stellungnahme für den Angeklagten Felix Somm – Entgegnung auf die Anklage der Staatsanwaltschaft in dem Strafverfahren vor dem AG München Az. 8340 Ds 465 Js 173158/95 am 12. Mai 1998 in München –, II. 2.; *ders.*, Schlußplädoyer, II. 1. a). Vgl. *Huff*, Gefährlicher Coup eines Amtsrichters, FAZ 4.6.98, S. 16.

575

Vgl. auch *Sieber*, MMR 1998, 429.

576

Auch nach § 230 des US-Telecommunications Act of 1996 ist der bloße Zugangsvermittler von der Haftung für Inhalte freigestellt. Vgl. aus der Rechtsprechung dazu US Court of Appeals 4th Circuit, *Zeran v. AOL*, 1997 WL 701309.

577

Vielfach werden z.B. *hyperlinks* als Zugangsvermittlung angesehen, vgl. z.B. *Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn*, a.a.O., 2983; *dieselben*, Neue gesetzliche Rahmenbedingungen für Multimedia, BB-Sonderheft 1998, wollen den Linksetzenden gem. § 5 III TDG entlasten und gehen davon aus, daß er einen Dienst „zur Nutzung des Internet“ iSd § 2 II Nr. 3 TDG anbietet, der

c. Akteure, die Standards kontrollieren

Es existieren Akteure, die eigene Produkte oder Dienstleistungen, denen für die Kommunikation digitaler Inhalte erhebliche Bedeutung zukommt, als Standards durchzusetzen konnten.⁵⁷⁸ Durch ihre Kontrolle wesentlicher technischer Informationen über diese Produkte oder durch den Einfluß, den sie auf Dienstleister ausüben, steuern sie die Funktionsweise des Produktes oder den Charakter der Dienstleistung. Damit geht die Gefahr einher, daß diese Akteure auch steuern können, welche Inhalte Nutzer empfangen und kommunizieren.⁵⁷⁹ Hinsichtlich dieser Akteure stellt sich die Frage, ob und wie das bestehende Inhaltskontrollrecht ihre Aktivitäten erfaßt.

Da das mißbilligte Verhalten hier nicht in der Kommunikation rechtswidriger Inhalte liegt, greifen die allgemeinen Inhaltsbindungen der Einzelrechtsgebiete nicht ein. Insbesondere ist es nach herkömmlichem Inhaltskontrollrecht nicht verboten, wenn der Hersteller eines verbreiteten Betriebssystems (oder ein Dritter) unbefugt und unbemerkt die inhaltsrelevanten Auswahleinstellungen im *browser* des Nutzerrechners über die *online*-Zuspielung eines selbstausführenden Programms (*applet*) verändert⁵⁸⁰. Eine hier gegebenenfalls verletzte Verpflichtung zur Versorgung mit vielfältigen Inhalten besteht wenn überhaupt nur im Rundfunkrecht, das auf viele der hier entstehenden Sachverhalte jedoch nicht anwendbar ist⁵⁸¹. Auch die neu geschaffenen Regeln des Informations- und Kommunikationsdiensterechts erfassen derartige Vorgänge nicht.⁵⁸²

d. Kabel- und Netzbetreiber

Die reinen Transportfunktionen, die *Kabel- und Netzbetreiber* ausüben, treffen bei Übertragung der bisherigen Regeln für die Post im Ergebnis keine Inhaltsverantwortlichkeit⁵⁸³. Diese Anbieter sind an § 85 TKG gebunden und der Gesetzgeber durch Art.

aber bloße Zugangsvermittlung gem. § 5 III TDG ist; Mayer, Patrick, Rechtspflichten von privaten Anbietern von Internetseiten, <http://www.artikel5/artikel/faq-otto.html>. Im Ausgangspunkt auch Spindler, NJW 1997, 3193 (3198); Koch, CR 1997, 193 (201 f.), die aber dann – systemwidrig – letztlich doch zu einer (zumindest zivilrechtlichen) Haftung für Links kommen wollen. Für *hyperlinks* wird man allerdings § 5 III TDG allenfalls analog anwenden können, weil die Vorschrift eine rein technische und nicht auch inhaltliche Zugangsvermittlung meint, der Gesetzgeber aber das Problem der *hyperlinks* planwidrig nicht geregelt hat.

578 Vgl. die Beispiele oben 2. Für die Inhaltskontrolle wesentliche Veränderungen bei den Akteuren der neuen Kommunikationsformen, S. 64.

579 Siehe dazu ausführlicher a. Wettbewerbs-sicherung als Voraussetzung kooperativer Inhaltskontrolle, S. 210.

580 Letztlich handelt es sich um einen Fall des *hacking*, das aber – zumindest in der hier angesprochenen Konstellation – nicht strafbar ist. § 202 a StGB greift – unabhängig davon, ob ein privater Rechner als gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert gelten kann (vgl. dazu bei FN 485) – schon deshalb nicht ein, weil niemand sich Daten verschafft.

581 Vgl. e. Rundfunkrecht, S. 85.

582 Vgl. zur Nutzbarmachung des Wettbewerbsrechts zur Inhaltskontrolle unten II. Wettbewerbsrecht als Instrument der Inhaltskontrolle, S. 243.

583 Ausführlicher Sieber, JZ 1996, 429 (438f.) mwN.

10 GG gehindert, Inhaltsverantwortlichkeiten der Kabel- und Netzbetreiber über das verfassungsrechtlich zulässige Maß hinaus zu normieren.⁵⁸⁴

IV. Ergebnis

Das herkömmliche Inhaltskontrollrecht basiert auf den verfassungsrechtlichen Garantien der Meinungsfreiheit, der Vertraulichkeit von Kommunikation und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Es reguliert verschiedenste Inhaltsarten, verbietet oder gebietet diese jedoch nicht immer und überall, sondern regelt differenziert nach Kommunikationsformen und Medien. Als Differenzierungsmerkmale verwendet es die Körperlichkeit der kommunizierten Inhalte, sowie die Öffentlichkeit bzw. Vertraulichkeit von Kommunikation. Staatliche Inhaltskontrolle erfaßt auch nicht jeden an der Schaffung und Weitergabe rechtswidriger Inhalte Beteiligten, sondern nur bestimmte Inhaltsmittler, in seltenen Fällen auch Inhalteempfänger.

Die in der Digitalisierung der Kommunikationsinhalte und Übertragungsmedien wurzelnden Veränderungen führen dazu, daß neue Kommunikationsvorgänge Elemente körperlicher und unkörperlicher Inhaltswiedergabe kombinieren und ihre Öffentlichkeit ins Belieben der beteiligten Akteure stellen. Dadurch verlieren die Körperlichkeit von Inhalten und die Öffentlichkeit von Kommunikation ihre Bedeutung als Differenzierungsmerkmale des Inhaltskontrollrechts. Dies hat zur Folge, daß viele Regelungen in den untersuchten Rechtsgebieten auf die neuen, sich ausdifferenzierenden Formen digitaler Kommunikation nicht widerspruchsfrei anzuwenden sind. Einzig das Wettbewerbsrecht kann sich wegen seiner offenen Formulierungen den veränderten Formen anpassen und wird noch an Bedeutung gewinnen. Durch neue Gesetze geschaffene oder geänderte Vorschriften erreichen oft nicht die erhoffte Bedeutung oder sind in Teilen gar verfassungswidrig. Ähnlich schwer fällt es dem bestehenden Inhaltskontrollrecht die sich verändernden oder neu entstehenden Akteure digitaler Kommunikation zu erfassen. Sie entsprechen vielfach nicht der Rolle des Inhaltsmittlers, an die klassische Vorschriften anknüpfen.

Die zum Schutz kommunikativer Vertraulichkeit vor Kurzem ergänzten Regelungen können über eine Appellfunktion hinaus kaum Wirkung entfalten, weil es an entsprechenden Sanktionen für Verstöße fehlt. Insbesondere der strafrechtliche Schutz kommunikativer Vertraulichkeit gegenüber privaten Dritten, der in den neuen Kommunikationsformen besondere Bedeutung erlangt, ist lückenhaft.

⁵⁸⁴

Vgl. zur Problematik des Abhörens von Telekommunikationseinrichtungen oben *g. Privatheit der Kommunikation*, S. 105.