

## 2. Kapitel: Rechtliche Bewertung der vorgestellten Elemente kooperativer Kontrolle

Zertifiziert der Staat private Selbstkontrollverpflichtungen oder beteiligt er sich in sonstiger Weise – gar durch die Rücknahme gesetzlicher Inhaltsbindungen –, an Formen kooperativer Inhaltsregulierung, bewegt er sich außerhalb des gewohnten Instrumentariums hoheitlicher Gemeinwohlverwirklichung. Auch ein kooperativ handelnder Staat kann sich seiner rechtlichen Sonderbindungen nicht entziehen. Diese zeigen sich nur in veränderten Konstellationen und müssen nicht selten neu bewertet werden.

### I. Verfassungsrechtliche Bewertung der Zertifizierung von Selbstverpflichtungen

Teilt der Staat die Verantwortung für die Erreichung gesetzlicher Ziele mit privaten Akteuren, fehlen klare Ansatzpunkte für verfassungsrechtliche Prinzipien, weil staatliche Gemeinwohlverpflichtung und private Autonomie sich überlagern.<sup>1038</sup> Verpflichten sich private Anbieter von digitalen Inhalten dem Staat oder von ihm beliehenen Institutionen gegenüber zur Einhaltung inhaltlicher Standards und unterwerfen sie sich diesbezüglich einem entsprechenden Kontrollregime, können sich daraus Eingriffe in Grundrechte der Anbieter und Nutzer ergeben.<sup>1039</sup> Dies kann sowohl dann der Fall sein, wenn das vom Staat zertifizierte Inhaltskontrollsystem aus technischen Gründen dazu führt, daß auch rechtmäßige Inhalte für den Nutzer nicht mehr erhältlich sind, als auch, wenn etwa zugesagte Datenverarbeitungspraktiken nicht eingehalten werden.

Folgende drei Beispielfälle verdeutlichen die sich stellenden Probleme:

*Beispiel 1:* Der *content provider* C verpflichtet sich gegenüber dem Staat unter anderem, keinerlei personenbezogene Daten seiner Nutzer an Dritte weiterzugeben. Eine Zertifizierungsbehörde erteilt dem C daraufhin ein Zertifikat „staatlich geprüfter Datenschutz“. Der Nutzer N erfährt später, daß C seine Adresse und sein Geburtsdatum, die er ihm zur Abwicklung eines *e-commerce* Geschäfts übermittelt hatte, an den Adresshändler D verkauft hat.

*Beispiel 2:* Der *host provider* H verpflichtet sich gegenüber dem Staat dazu, von seinem Rechner keine pornographischen Inhalte im Sinne des § 184 StGB zu kommunizieren und hat ein entsprechendes Filter-/Ratingkonzept vorgelegt. Eine Zertifizierungsbehörde erteilt dem H daraufhin ein Zertifikat „staatlich geprüft: Keine Pornographie“. Nutzer N, der H als *news server* nutzt, stellt fest, daß er zahlreiche *news*-Nachrichten nicht erhält, von denen er weiß, daß sie keine pornographischen Inhalte enthalten.

*Beispiel 3:* Der *access provider* A hat sich, um größere Kundenkreise zu erschließen, dem Staat gegenüber einer umfangreichen Selbstverpflichtung unterworfen und dafür das Zertifikat „staatlich geprüft: besonders kinderfreundlich“ erhalten. Weil er nach der Vereinbarung auch die

---

1038

Trute, Hans-Heinrich, DVBl. 1996, 950 (955).

1039

Ebenfalls denkbare Störungen im Privatrechtsverhältnis zwischen Anbietern und Nutzern können im Rahmen dieser Untersuchung nicht betrachtet werden.

Adresse eines beliebigen *video-on-demand-servers* sperren muß, verliert er zahlreiche Kunden. Der fragliche *server* enthält jedoch weder rechtswidrige Inhalte noch solche, die nicht kinderfreundlich sind.

## 1. Abgrenzung dieser Selbstverpflichtungen zu herkömmlichen Instrumenten kooperativen Verwaltungshandelns

Entspräche die Zertifizierung privater Selbstverpflichtungen bei der Kommunikationsinhaltskontrolle bekannten Instrumenten kooperativen Verwaltungshandelns, könnten dort entwickelte Grundsätze auch hier nutzbar gemacht werden.

### a. Normvollziehende und normersetzende Selbstverpflichtungen

Ein wesentlicher Unterschied der skizzierten Absprachen zu Selbstverpflichtungen insbesondere im Umwelt- und Gefahrenabwehrrecht<sup>1040</sup> besteht darin, daß der Staat bei der Kontrolle digitaler Kommunikationsinhalte kaum über ein sogenanntes „Drohpotential“<sup>1041</sup> verfügt. Er kann eine Selbstverpflichtung von Anbietern kaum damit erzwingen, daß er den Erlaß einer entsprechenden gesetzlichen Inhaltsbindung oder Normdurchsetzungserleichterung androht<sup>1042</sup>, weil seine Handlungsmöglichkeiten aus technischen und verfassungsrechtlichen Gründen begrenzt sind.<sup>1043</sup> Der Anreiz zum Abschluß von Selbstverpflichtungen ergibt sich für den Anbieter nur aus der Stärkung seiner Wettbewerbsposition, die er durch ein staatliches Zertifikat erreichen kann.<sup>1044</sup>

Gleichwohl können Absprachen zwischen dem Staat und den jeweiligen *providern* normersetzende und normvollziehende Funktionen haben.<sup>1045</sup> Verpflichtet sich *H* im *Beispiel 2* zur Einhaltung der Maßstäbe einer bestimmten Strafnorm, so hat die mit der staatlichen Zertifizierung besiegelte Absprache zum Ziel, diese Norm zu voll-

---

<sup>1040</sup> Scherer, Joachim, DÖV 1991, 1; Brohm, Winfried, DÖV 1992, 1025ff.; zu „Umweltabsprachen“ differenzierend Kloepfer, Michael, Umweltrecht, § 5 Rn. 187ff (S. 281ff.).

<sup>1041</sup> Reh binder, Eckard, Flexible Instrumente des Abfallrechts, in Rengeling, Hans-Werner, Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht, S. 109 (122) m.w.N.; Kloepfer, a.a.O., Rn. 212.

<sup>1042</sup> Ebenso sind ihm Regelungen verschlossen, die – wie etwa § 6 VerpackungsVO – die Akteure vor eine „Wahl“ stellen, die gesetzlich bereits ausgesprochene Konsequenz (individuelle Verpflichtung zur Verpackungsrücknahme) durch Aufbau und Benutzung eines durchnormierten Selbstregulierungssystems (heute „Duales System Deutschland“) abzuwenden. Dafür fehlt es bereits an einer über das bestehende Inhaltskontrollrecht hinausgehenden gesetzlich festzulegenden „Konsequenz“. Dementsprechend gehen bisher gesetzliche Aktivitäten auch eher umgekehrt in Richtung einer Freistellung von Inhaltsbindungen, vgl. §§ 5 Abs. 2, 3 TDG / MDStV.

<sup>1043</sup> Vgl. oben 5. Kapitel: Zwischenergebnis: Das „Dilemma“ staatlicher Kontrolle von digitalen Kommunikationsinhalten, S. 197.

<sup>1044</sup> Vgl. oben 1. Anreize zu freiwilliger Selbstverpflichtung, S. 202; für *host* und *access provider* ergibt sich dies schon aus ihrer weitgehenden Freistellung von Inhaltsverantwortlichkeit gemäß §§ 5 Abs. 2, 3 TDG / MDStV.

<sup>1045</sup> Zur Unterscheidung von normersetzenden und normvollziehenden Absprachen vgl. Scherer, DÖV 1991, 1 (2f.).

ziehen. In prozeduraler Hinsicht soll die Einleitung von Strafverfahren vermieden, in materieller Hinsicht die Kommunikation der durch die Norm inkriminierten Inhalte verhindert werden. Die Absprache hilft dem Staat, Schwierigkeiten der Normanwendung im Einzelfall<sup>1046</sup> und prozessuale Risiken zu vermeiden. Die von C eingegangene Verpflichtung im *Beispiel 1* hat dagegen auch normersetzenden Charakter. Ein generelles Verbot der Weitergabe von Daten an Dritte statuiert das bisherige Datenschutzrecht nicht.<sup>1047</sup> Die Selbstverpflichtung des A kombiniert im *Beispiel 3* Vollzugserleichterungen für das bestehende Jugendschutzrecht (normvollziehendes Element) mit zusätzlichen, über das vom Gesetz Geforderte hinausgehenden Zielen des Kinderschutzes (normersetzendes Element).

## b. Korporative Selbstkontrollgremien

Ergibt sich der Anreiz zu Selbstkontrollaktivitäten für den privaten Inhalteanbieter ausschließlich aus der Erwartung, daß ein staatliches Zertifikat seine Wettbewerbsposition gegenüber branchengleichen Konkurrenten verbessert, sind derartige Selbstverpflichtungen auch nicht mit Zusammenschlüssen vergleichbar, in denen alle Unternehmen einer ganzen Branche gemeinsame Selbstregulierungsaktivitäten entfalten wie etwa dem *Deutschen Presserat*.<sup>1048</sup> Ein derartig korporatives System schließt strukturell aus, daß sich Anbieter aus Wettbewerbsgründen gegen eine Mitgliedschaft in dem branchenweiten Selbstkontrollgremium entscheiden. Zwar können Presseanbieter nicht gesetzlich zu einer Mitgliedschaft im Deutschen Presserat gezwungen werden<sup>1049</sup>, es besteht jedoch ein nicht unerheblicher faktischer Druck zur Teilnahme an der Branchenlösung.

Obwohl sich das hier vorgeschlagene System individueller Selbstverpflichtungen wie das Presseratsmodell im Regelungszusammenhang der Kommunikationsinhaltskontrolle befindet, sucht es deren Ziele nicht durch einen einheitlichen Standard aller, sondern durch die gegenseitige Abgrenzung durch inhaltliche Profile zu erreichen. Es ermöglicht den laufenden Zu- und Abgang einzelner – auch ausländischer – Anbieter mit unterschiedlichen Funktionen und unterschiedlichem Institutionalierungsgrad, während für ein verfaßtes Gremium klare und stabile Vertretungsmodalitäten gefunden werden müßten.<sup>1050</sup>

<sup>1046</sup> Vgl. hinsichtlich der Form des Inhalts oben und hinsichtlich des richtigen Akteurs oben.

<sup>1047</sup> Vgl. nur §§ 4 Abs. 3 TDDSG / 13 Abs. 3 MDStV, 5 Abs. 2 TDDSG / 14 Abs. 2 MDStV, 6 Abs. 3 TDDSG / 15 Abs. 3 MDStV.

<sup>1048</sup> Etwa der Deutsche Presserat, vgl. dazu *Bermes, Jürgen*, Der Streit um die Presseselbstkontrolle: Der Deutsche Presserat, Baden-Baden, 1991, insb. S. 393ff.

<sup>1049</sup> Löffler - *Bullinger*, § 1 LPG Rn. 175.

<sup>1050</sup> In den Deutschen Presserat entsenden Verleger und Journalisten Vertreter aus ihren Interessenvertretungen, vgl. *Bermes*, a.a.O.

### c. Audit-Systeme

Das vorgeschlagene Zertifikatsmodell weist stärkere Parallelen zu *Audit-Systemen*, etwa dem durch die EG-Öko-Audit-Verordnung<sup>1051</sup> eingeführten Umwelt-Audit, auf.<sup>1052</sup> Die in diesem Verfahren vom Akteur festzulegende Umwelt-Unternehmenspolitik erstreckt sich gemäß Art. 3 VO auf die „Einhaltung aller einschlägigen Umweltvorschriften“ und auf „Verpflichtungen zur kontinuierlichen Verbesserung des betrieblichen Umweltschutzes“. Sie kann so – vergleichbar mit der Problemstellung bei der Kommunikationsinhaltskontrolle – nicht nur zu einer über momentane gesetzliche Bindungen hinausgehenden Verpflichtung führen, sondern insbesondere auch dort zum Abbau bestehender Vollzugsdefizite beitragen, wo Normen bereits feststehen, aber in der Praxis selten tatsächlich erfüllt werden.<sup>1053</sup> Bestandteil des Umwelt-Audit-Verfahrens ist eine erneute Prüfung des zertifizierten Unternehmens nach drei Jahren (Anhang II H der VO), die zyklisch wiederholt werden muß.<sup>1054</sup> Die Zertifizierung wird von nach speziellen Verfahren zugelassenen Umweltgutachtern durchgeführt.<sup>1055</sup>

Zertifizierungsgegenstand ist das im Rahmen des Audit-Verfahrens zu schaffende betriebliche Umweltmanagementsystem. Bei den Selbstverpflichtungen von Inhalteanbietern würde das Inhaltskontrollsystem zertifiziert, mit dem die Akteure die Inhaltsstandards erreichen wollen, zu denen sie sich verpflichten. Stärker als das Umwelt-Audit-System eignet sich ein System der Zertifizierung von Selbstverpflichtungen der Kommunikationsinhalteanbieter dafür, verschiedene Arten von Zertifikaten anzubieten, die die Leistung des Akteurs in einzelnen Bereichen der Kommunikationsinhaltskontrolle widerspiegeln<sup>1056</sup>. Die zu zertifizierenden Verpflichtungen und Kontrollmechanismen der Anbieter sind viel weniger komplex als beim Umwelt-Audit, wo – je nach Unternehmensgröße – dezentralisierte Produktionsprozesse analysiert werden müssen. Dies erlaubte größere Flexibilität<sup>1057</sup> und machte es unnötig, von allen Anbietern gleiche Selbstverpflichtungen zu verlangen. Daraus könnte neben dem Wettbewerb zwischen zertifizierten und unsertifizierten Anbietern ein Wettbewerb verschiedener Zertifikate untereinander entstehen. Dieser Wettbewerbseffekt wird vom Umwelt-Audit-System

---

<sup>1051</sup> VO (EWG) Nr. 1836/93 des Rates vom 29.6.1993 über die freiwilliger Beteiligung gewerblicher Unternehmen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung, ABl. L 168 vom 10.7.1993).

<sup>1052</sup> Zum Umwelt-Audit ausführlich *Kloepfer*, Umweltrecht, § 5 Rn. 341ff., S. 356ff.; *Lübbe-Wolff, Gertrude*, DVBl. 1994, 361ff.

<sup>1053</sup> *Kloepfer*, a.a.O., Rn. 346.

<sup>1054</sup> *Lübbe-Wolff*, a.a.O., S. 371f.

<sup>1055</sup> Dazu *Kloepfer*, a.a.O., Rn. 357ff.

<sup>1056</sup> Vgl. die gebildeten Beispielsfälle. Ein Zertifikat zum Datenschutz kann unabhängig von solchen zur Kinderfreundlichkeit oder zur Strafrechtskonformität erteilt werden.

<sup>1057</sup> Fehlende Flexibilität wird auch als Kritik am Umwelt-Audit formuliert, *Lübbe-Wolff*, a.a.O., S. 373, dürfte aber für die dort in Rede stehenden Unternehmen und Produktionsprozesse wesentlich schwerer zu erreichen sein, als bei der Kommunikationsinhaltskontrolle.

nicht in letzter Konsequenz angestrebt, nach dem mit den Zertifikaten überhaupt nicht für die Produkte der zertifizierten Unternehmen geworben werden darf.<sup>1058</sup>

#### d. Zwischenergebnis

Im Ergebnis kombinierte ein System staatlich oder mittelbar staatlich zertifizierter Selbstverpflichtungen von Anbietern digitaler Kommunikationsinhalte Elemente verschiedener Instrumente kooperativen Verwaltungshandelns, ohne jedoch eine bis ins Letzte vergleichbare Entsprechung zu finden.

## 2. Allgemeine Anforderungen

Soll ein Zertifizierungssystem für Selbstverpflichtungen von Anbietern digitaler Inhalte die wettbewerblichen Anreize der Anbieter effektiv nutzen und seinerseits wiederum den Wettbewerb positiv beeinflussen, so bedürfen auch individuelle und bereichsbeschränkte Selbstverpflichtungen einheitlicher Maßstäbe. Zwar ist es weder nötig noch möglich festzuschreiben, *wie* der Anbieter ein bestimmtes Kontrollziel erreichen muß. Dieser Nachweis ist seine Sache. Nötig ist aber eine einheitliche Festlegung, für *welches* Ziel *welches* Zertifikat verliehen wird. Erforderlich erscheint auch, eine einheitliche Auswahl und Arbeitsweise der Zertifizierungsstelle(n) sicherzustellen. Andernfalls ist zu befürchten, daß Akteure mit größerer Marktmacht für geringere Kontrollaktivitäten werbewirksamere Zertifikate aushandeln könnten. Darunter litte wiederum die Vergleichbarkeit von Zertifikaten und damit eine wirksame Inhaltskontrolle. Ein wirksames Zertifizierungssystem bedürfte folglich – wie schon das Umwelt- und das geplante Datenschutzaudit – schon aus praktischen Gründen eines gesetzlichen Rahmens.<sup>1059</sup>

<sup>1058</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 3 VO, § 31 Abs. 1 Nr. 2 UmweltauditG, *Kloepfer*, a.a.O., Rn. 353. Vielmehr darf das Unternehmen nur am zertifizierten Standort ein entsprechendes Symbol verwenden, vgl. *Lübbe-Wolff*, a.a.O., S. 371.

<sup>1059</sup> Damit wäre die sich bei herkömmlichen Formen kooperativen Verwaltungshandels vielfach stellende Frage des Gesetzes- bzw. Parlamentsvorbehalts hier bedeutungslos. Sie soll hier auch nicht vertieft werden. Nach der maßgeblichen Wesentlichkeitstheorie des BVerfG ist der Gesetzgeber verpflichtet, „losgelöst vom Merkmal des ‚Eingriffs‘ – in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen“ (BVerfGE 49, 89 (126)). Damit konnte im Schrifttum allerdings keine Einigkeit zum Gesetzesvorbehalt bei kooperativem Verwaltungshandeln hergestellt werden (vgl. *Brohm*, a.a.O., S. 1032 ff. m.w.N.). Zwar wäre eine Teilnahme an dem vorgeschlagenen Zertifizierungssystem mangels staatlichem „Drohpotential“ wirklich freiwillig, ein Grundrechtsverzicht, der die Wesentlichkeit ausschließen könnte, also möglich. Der enge Bezug der Zertifizierungsentscheidungen zu den Kommunikationsfreiheiten, dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und dem Fernmeldegeheimnis spricht aber für eine Wesentlichkeit und damit für die Notwendigkeit (parlaments)gesetzlicher Regelung zumindest in grundlegenden Teilen.

Nicht zwingend erforderlich, wenngleich im Hinblick auf den relevanten Markt sinnvoll, ist die europaweite Normierung eines Zertifizierungssystems.<sup>1060</sup> Auch ein nationales Zertifizierungssystem könnte etwa für ausländische Anbieter offen sein, die sich dadurch Vorteile auf dem deutschen Markt versprechen. Hinsichtlich der innerstaatlichen Gesetzgebungszuständigkeit sind ähnliche Abgrenzungsprobleme zu befürchten, wie sie sich bereits bei der Regelung der Tele- und Mediendienste gezeigt haben. Es besteht die Gefahr, daß sich Kompetenzstreitigkeiten zwischen Bund und Ländern negativ auf die Einheitlichkeit eines Zertifizierungssystems auswirken können. So haben die Länder in § 17 MDStV bereits die Möglichkeit eines Datenschutz-Audits verankert, im Bundesgesetz fehlt aber eine entsprechende Bestimmung für die Teledienste. Diese Schwierigkeiten könnten durch eine Verordnungsregelung auf europäischer Ebene vermieden werden.

### 3. Kein Grundrechtsverstoß des zertifizierenden Staates gegenüber Anbietern

Ein wesentliches Charakteristikum des vorgeschlagenen Zertifizierungssystems besteht darin, daß es Verhalten in den Schutzbereichen der Meinungs- und Pressefreiheit und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung betrifft. Es ist geeignet, den Prozeß der privaten und öffentlichen Meinungsbildung zu beeinflussen und befindet sich mithin in einem grundrechtlich sensiblen Regelungsbereich. Für seine rechtliche Bewertung sind danach seine Auswirkungen auf Grundrechtspositionen der Beteiligten von Bedeutung.

#### a. Tätigkeit der Anbieter digitaler Kommunikationsinhalte im Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 GG

Anbieter digitaler Kommunikationsinhalte agieren im Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 GG, soweit sie Meinungen verbreiten.<sup>1061</sup> Der Grundrechtsschutz erschöpft sich nicht in der Verbreitung eigener Meinungen. Auch die Kommunikation fremder Meinung ist regelmäßig Ausdruck eines eigenen schützenswerten Kommunikationsinteresses des Anbieters.<sup>1062</sup> Der verfassungsrechtliche Verbreitungsbegriff ist zudem wesentlich weiter als der strafrechtliche<sup>1063</sup>, weil die Meinungsfreiheit insgesamt die Wirkung einer

---

<sup>1060</sup> Um der europaweiten Einheitlichkeit willen wurde für das Umwelt-Audit die Regelungsform der Verordnung gewählt. Diese konnte auf Art. 130s (jetzt Art. 175) EGV als Bereichsermächtigung gestützt werden. Eine ähnlich klare Ermächtigung fehlt im EGV für die Kommunikationsinhaltskontrolle.

<sup>1061</sup> In der neueren Literatur wird die Übermittlung von Inhalten im Internet generell als vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG umfaßt angesehen, ohne daß zwischen den verschiedenen Funktionen differenziert würde, vgl. Mangoldt / Klein / Starck - Starck, GG, 4. Aufl., 1999, Art. 5 Abs. 1 u.2 Rn. 30, BK - Degenhart, Art. 5, Rn. 135.

<sup>1062</sup> Vgl. Degenhart, a.a.O., Rn. 131; AK-GG - Hoffmann-Riem, Art. 5 Abs. 1 u. 2, Rn. 24.

<sup>1063</sup> Vgl. oben FN 115.

Meinungsäußerung schützen will.<sup>1064</sup> So ist nicht nur das aktive Verbreiten etwa im Rahmen von Verteildiensten oder in Form des aktiven *uploading* einer Meinung durch den *content provider* geschützt<sup>1065</sup>, sondern auch das Bereithalten von Meinungen zum Abruf etwa von einem *server*. Maßgeblich ist die Tätigkeit im Zusammenhang des Übermittlungsprozesses einer Meinung. Zwar üben der *host provider* und in noch stärkerem Maße der *access provider* bloße technische Unterstützungsfunktionen bei der Meinungsübermittlung aus. Ohne beider Tätigkeit käme aber ein *online*-Kommunikationsvorgang überhaupt nicht zustande. Diese funktionsnotwendige Eingliederung von *host* und *access provider* in den Übermittlungsvorgang verlangt die Einbeziehung ihrer Tätigkeit in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit.<sup>1066</sup> Auch die Pressefreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG findet auf digitale Kommunikationsformen Anwendung, wenn sie Funktionsäquivalente der Presse darstellen.<sup>1067</sup>

#### **b. Kein Grundrechtseingriff durch staatliche Zertifizierung gesetzeskonformen Verhaltens der Anbieter**

Fraglich ist, ob diese Grundrechtspositionen verletzt werden können, wenn der Staat freiwillige Selbstverpflichtungen von Anbietern zertifiziert. Solange Anbieter sich – wie im *Beispiel 2* – zur Einhaltung der gesetzlichen Inhaltsbindungen verpflichtet, ergibt sich durch das Zertifikat keine Verkürzung des grundrechtlichen Schutzbereiches, in dem sie sich bewegen. Zur Einhaltung bestehender Regeln sind sie in jedem Fall verpflichtet. Darin, daß durch das Zertifikat die Einhaltung der gesetzlichen Inhaltsbindungen besser kontrolliert werden kann, liegt keine Freiheitsverkürzung, weil technologisch bedingte Durchsetzungshindernisse dem Bürger keinen erweiterten Grundrechtsschutz vermitteln können. Ein die bestehende Rechtslage überschreitender Eingriff in Grundrechtspositionen liegt in dieser Konstellation nicht vor.

---

<sup>1064</sup> BVerfGE 7, 198 (210); 61, 1 (7); *Degenhart*, a.a.O., Rn. 138.

<sup>1065</sup> Die digitale Übermittlung kann eine Übermittlung in Wort, Schrift oder Bild sein, je nachdem, wie sich die übermittelte Information beim Empfänger darstellt, BK-*Degenhart*, a.a.O., Rn. 128ff.

<sup>1066</sup> Für die benachbarte Pressefreiheit hat das BVerfG ausgesprochen, daß Pressehilfstätigkeiten in den Schutz der Pressefreiheit einbezogen sind, wenn sie mit der geschützten Kerntätigkeit in Zusammenhang stehen. So sei der Grossist in den Funktionszusammenhang der Herstellung und Verbreitung von Presseerzeugnissen derart eingegliedert, daß sich eine gesetzliche Regelung seiner Tätigkeit, [...] , auf die Tätigkeit der freien Presse insgesamt beschränkend auswirke. Aus diesem Grunde sei es geboten, die ihrem Schutz dienende Vorschrift des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG auch auf die Tätigkeit des Grossisten zu erstrecken, BVerfGE 77, 346 (355).

<sup>1067</sup> Vgl. obenf. *Presserecht*, S. 93.

**c. Keine Verletzung der staatlichen Neutralitätspflicht durch Zertifizierung gesetzeskonformen Verhaltens**

Ein rechtfertigungsbedürftiges Verhalten des Staats könnte sich allerdings – ohne daß es auf einen Grundrechtseingriff ankäme – aus der Verletzung einer staatlichen Neutralitätspflicht ergeben. Die objektivrechtliche Funktion der viele digitale Angebote umfassenden Pressefreiheit hindert den Staat grundsätzlich daran, den publizistischen Wettbewerb durch Förderung bestimmter Meinungen oder Tendenzen zu verzerren.<sup>1068</sup> Dieser Neutralitätspflicht des Staates entspricht auf seiten des Trägers der Pressefreiheit ein subjektives Abwehrrecht gegen die mit staatlichen Förderungsmaßnahmen etwa verbundenen inhaltslenkenden Wirkungen sowie ein Anspruch auf Gleichbehandlung im publizistischen Wettbewerb.<sup>1069</sup> Zwar erscheint eine Anwendung dieser Grundsätze auch auf nicht pressemäßige Dienstformen, die ausschließlich dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG unterliegen, möglich und geboten. Eine unzulässige Wettbewerbsverzerrung kann sich jedoch dann nicht ergeben, wenn der Staat durch ein Zertifikat ein Verhalten von Anbietern fördert, zu dem auch Nichtzertifizierte unterschiedslos verpflichtet sind und die zertifizierte Selbstverpflichtung auf einer freiwilligen Entscheidung des Anbieters beruht.

**d. Keine Verletzung der staatlichen Neutralitätspflicht durch Zertifizierung über das gesetzlich Geforderte hinausgehender Selbstverpflichtungen**

Anders könnte dies zu beurteilen sein, wenn der Staat – wie im *Beispiel 3* – die Vergabe eines besonders begehrten Zertifikats von der Filterung weiterer unerwünschter, aber nicht illegaler Inhalte abhängig macht. Hier können sich inhaltslenkende Wirkungen ergeben, wenn sich etwa herausstellen sollte, daß nur noch überobligatorisch zertifizierte *host* und *access provider* Wettbewerbschancen haben. Andererseits sind dem Staat auch nach der Postzeitungsdienst-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>1070</sup> Differenzierungen bei der Förderung von Anbietern nicht grundsätzlich verwehrt. Er genießt vielmehr „im Bereich der Grundrechtsförderung einen weiteren Handlungsspielraum als im Bereich der Grundrechtseinschränkung. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verbietet ihm nur, daß er den Inhalt der Meinungen oder die Tendenz von Presseerzeugnissen zum Förderungskriterium macht und sich auf diese Weise Einfluß auf den gesellschaftlichen Meinungs- und Willensbildungsprozeß verschafft, der nach dem Willen des Grundgesetzes im Interesse der personalen Autonomie und des demokratischen Systems staatsfrei zu bleiben hat.“<sup>1071</sup>

---

<sup>1068</sup> Vgl. zur benachbarten Pressefreiheit BVerfGE 80, 124 (134).

<sup>1069</sup> BVerfGE a.a.O.

<sup>1070</sup> BVerfGE 80, 124 – *Postzeitungsdienst*.

<sup>1071</sup> BVerfGE a.a.O., mit Verweis auf BVerfGE 20, 162 (174ff.).

Das hier vorgeschlagene Zertifikatsmodell unterscheidet sich zudem erheblich von dem System des Postzeitungsdienstes: Es findet keine finanzielle Förderung (Subvention) statt, sondern die Besserstellung des zertifizierten Anbieters folgt nur aus dessen Erwartung eines Wettbewerbsvorteils. Zudem muß die Nichterteilung eines bestimmten Zertifikats nicht zum Wegfall der vermittelten Förderung führen, wenn dem etwa nicht als „kinderfreundlich“ eingestuften Anbieter andere Zertifikatsgruppen offenbleiben, die ihrerseits werbewirksam sein können.<sup>1072</sup> Eine Neutralitätspflichtverletzung träte erst dann ein, wenn der Staat nur für bestimmte überobligatorische Selbstverpflichtungen Zertifikate anböte, weil er dann die mit dem Zertifikat verbundene Förderung einseitig politisch gewünschten Meinungen vermittelt, anderen rechtmäßigen Stimmen aber versagt. Dies fordert eine ausrichtungs- und entwicklungs offene Gestaltung des Zertifikatsystems, aus der kein staatlicher Einfluß auf den Willensbildungsprozeß entstehen kann.

**e. Grundrechtsverletzung bei Verpflichtungen ohne inhaltlichen Bezug zur Zertifikatsaussage**

Soweit die Zertifizierung von über das gesetzlich Geforderte hinausgehenden Anforderungen abhängig ist, die keinen inhaltlichen Bezug zur Zertifikatsaussage haben, liegt demgegenüber ein Eingriff in die Meinungsfreiheit nahe. Durch die dem *access provider C* im *Beispiel 3* im Rahmen des Zertifikats gemachte Auflage, einen rechtmäßigen Inhalt zu sperren, wird ihm die Kommunikation dieses Meinungsinhalts und damit ein in den Schutzbereich fallendes Verhalten unmöglich gemacht. Der Eingriffscharakter dieser Sperrungsverpflichtung entfällt auch nicht wegen der Freiwilligkeit der Selbstverpflichtung.<sup>1073</sup> Zwar steht es dem Anbieter insgesamt frei, sich zertifizieren zu lassen. Von einer generell freiwilligen Verpflichtung zu beliebigen mit dem Zertifikat verbundenen Anforderungen wird jedoch nicht auszugehen sein. In die Beschränkung seiner Kommunikationsfreiheit willigt der Anbieter vielmehr nur insoweit freiwillig ein, wie sie zur Erreichung des durch das Zertifikat ausgedrückten Inhaltsprofils notwendig ist. Dabei wird der Anbieter in Zweifelsfällen eine erhebliche Einschätzungsprärogative des Staats in seine Freiwilligkeit einzubeziehen haben. Dies gilt insbesondere, wenn er sich zu den Anforderungen eines derart wertungsbedingten Zertifikats wie „kinderfreundlich“ verpflichtet. Die Verpflichtung zur Sperrung von *servern*, die objektiv keine der Zertifikatsaussage entgegenstehende Meinungsinhalte enthalten, ist von dieser Ein-

<sup>1072</sup> Insofern wäre das Modell vergleichbar mit der Altersfreigabeentscheidung für Filme durch die FSK/J bzw. die Landesjugendminister. Allerdings wäre eine bloße Eingruppierung des gesamten Angebots in Altersgruppen angesichts der Vielzahl und Vielfältigkeit der Inhalte, die etwa über einen zertifizierten *access provider* kommuniziert werden können, kaum sinnvoll durchführbar. Auch bieten die Altersfreigaben keinen mit einem auf inhaltlichen Schwerpunkten basierenden Zertifikat vergleichbaren Wettbewerbsvorteil.

<sup>1073</sup> Zur Freiwilligkeit als notwendige Bedingung eines Grundrechts(ausübungs)verzichts, *Forsthoff, Ernst*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 167; *Robbers, Gerhard*, JuS 1985, 925ff.; *Spiß, Gerhard*, Der Grundrechtsverzicht, Frankfurt 1997, S. 63 m.w.N.; *Trute*, DVBl. 1996, 950 (958).

schätzungsprärogative nicht mehr umfaßt. Diese Verpflichtung wurde nicht freiwillig eingegangen, sondern allenfalls um des durch das Zertifikat vermittelten Vorteils wegen in Kauf genommen. Darin liegen aber sowohl eine Verkürzung der subjektiven Grundrechtsposition des Anbieters, als auch die inhaltslenkende Wirkung, zu deren Verhinderung der Staat objektiv einer Neutralitätspflicht unterliegt.

Diese Beschränkungen sind auch nicht schon deshalb gerechtfertigt, weil die fragliche Zertifikatsanforderung nur bestehende Inhaltsbindungen wiederholt und deshalb nach den selben Erwägungen zu rechtfertigen wäre. Sie geht vielmehr darüber hinaus. Ihre Rechtfertigung muß auch insgesamt scheitern, weil die Sperrung eines kinderfreundlichen *servers* zur Erreichung des gesetzlichen Zwecks des Zertifikatsmodells, *in concreto* der Förderung kinderfreundlicher Meinungsinhalte, nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig ist.

#### **4. Kein Grundrechtsverstoß des zertifizierenden Staats gegenüber Nutzern**

Trotz der Benutzung eines zertifizierten *host* oder *access providers* kann es – wie in den *Beispielen 1* und *2* – beim Nutzer zu unerwünschten Folgen der Kommunikation kommen. Im einen Fall schützen ihn die zertifizierten Aktivitäten des *providers* zu schwach, im anderen zu intensiv.

##### **a. Staatliche Zertifizierung als Eingriff in Grundrechte des Nutzers**

Durch die in Erfüllung ihrer zertifizierten Selbstverpflichtung vom *provider* installierten Filtermaßnahmen wird der Zugang des Nutzers zu *servern* behindert. Diese sind, sofern sie nicht über spezielle Zugangssicherungssysteme verfügen, allgemein zugängliche Informationsquellen. Der Schutzbereich der Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG ist betroffen (s.o. *Beispiel 2*). Werden persönliche Daten des Nutzers anders verwendet als es seinem Willen entspricht, könnte darin eine Beeinträchtigung seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung liegen (s.o. *Beispiel 1*).

Fraglich ist, ob von einem Grundrechtseingriff in Fällen gesprochen werden kann, in denen zwischen dem staatlichen Handeln (der Zertifizierung) und der Beeinträchtigung des Nutzers in seinen Rechten auf informationelle Selbstbestimmung und Informationsfreiheit das autonome Verhalten des *providers* tritt, der sich freiwillig für eine Zertifizierung entscheidet und dementsprechend Inhalte filtert oder Datenschutzmaßnahmen trifft. Hier enthält das staatliche Handeln in Form der Zertifizierung selbst keine unmittelbare Anordnung an den letztlich betroffenen Nutzer, sondern seine Wirkungen treffen

ihn nur mittelbar. Ein klassischer Grundrechtseingriff liegt damit nicht vor.<sup>1074</sup> Es besteht jedoch Einigkeit, daß unter Berücksichtigung der Schutzfunktion des jeweiligen Grundrechts auch eine von einem schlicht-hoheitlichen Handeln ausgehende bloß tatsächliche und mittelbare Betroffenheit des Grundrechtsträgers einen Eingriff bedeuten kann.<sup>1075</sup> Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man die Erteilung des Zertifikats als eine Erlaubnis zum grundrechtsbeeinträchtigenden Verhalten des privaten *providers* ansieht, in der selbst ein Grundrechtseingriff liegen kann.<sup>1076</sup> Die Rechtsprechung von Bundesverfassungs- und Bundesverwaltungsgericht verwendet verschiedene Kriterien um zu beurteilen, wann eine mittelbare staatliche Beeinträchtigung Eingriffscharakter hat.<sup>1077</sup> Nötig ist jedoch grundsätzlich ein Zurechnungszusammenhang zwischen der grundrechtlichen Beeinträchtigung und dem staatlichen Verhalten.<sup>1078</sup> Dieser kann insbesondere durch das Dazwischentreten autonomen Fremdhandelns unterbrochen werden.

Im *Beispiel 1* kommt eine Verletzung des Nutzers N in seinem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung schon deshalb nicht in Betracht. Seine Beeinträchtigung ergibt sich hier nicht aus einem – auch mittelbaren – staatlichen Eingriff in seine Rechtsposition, sondern durch ein rechts-<sup>1079</sup> und abredewidriges Verhalten seines *providers*. Bleibt das staatliche Zertifikatsmodell nicht insgesamt hinter grundrechtlichen Anforderungen zurück<sup>1080</sup>, so greift der Staat durch ein im Rahmen dieses Modells gegebenes Zertifikat, dessen Bindungen im konkreten Einzelfall von dem privaten Anbieter mißachtet werden, nicht in Grundrechte ein.

Anders können Fälle zu beurteilen sein, in denen Anbieter trotz genauer Einhaltung der behördlichen Zertifikatsbedingungen mehr Inhalte ausfiltern als von der Zertifikatsausgabe verlangt wird (*Beispiel 2*). Diese Erscheinung tritt in erheblichem Umfang auf und ist durch die Schwierigkeiten automatisierter Inhaltserkennung und -kontrolle bedingt. Es ist nicht möglich, Kriterien zu finden, anhand derer Inhalte maschinell auf ihre Rechtswidrigkeit überprüft und entsprechend gesperrt werden können. Weitere Unge-

<sup>1074</sup> Vgl. für die insofern ähnlich gelagerten Fälle der behördlichen Warnung vor gesundheitsgefährdenden Produkten, BVerwGE 87, 37 (41f.); zum Eingriffscharakter von Warnungen *Spaeth, Wiebke*, Grundrechtseingriff durch Information, Frankfurt / Main, 1995.

<sup>1075</sup> BVerwG, a.a.O. m.w.N.

<sup>1076</sup> Vgl. *Eckhoff, Rolf*, Der Grundrechtseingriff, Köln u.a., 1992, S. 293ff.; *Schwabe, Jürgen*, NVwZ 83, 523 ff.

<sup>1077</sup> Vgl. die Übersicht bei *Eckhoff*, a.a.O., S. 236ff.

<sup>1078</sup> BVerfGE 66, 39 (62ff.); *Robbers*, AfP 90, 84 (86); *Spaeth*, a.a.O., S. 157; *Pieroth / Schlink*, Rn. 240; *Eckhoff*, a.a.O., S. 270ff.

<sup>1079</sup> Vgl. §§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 3, 5 Abs. 2 TDDSG.

<sup>1080</sup> Sofern das Zertifikatsmodell auf der bestehenden Rechtslage aufbaut, besteht keine Gefahr, daß der Staat hinter grundrechtlichen Anforderungen, die sich etwa aus Schutzpflichten ergeben können, zurückbleibt. Werden gesetzliche Inhaltsbindungen zurückgenommen, kann sich die Frage stellen, ob der Staat durch ein Unterlassen grundrechtlich geforderter Regulierung verfassungswidrig handelt, vgl. dazu IV. *Mögliche Verletzung rechtlicher Bindungen durch die Lockerung urheberrechtlicher Strukturen und die Rücknahme von strafrechtlichen Inhaltsverboten*, S. 258.

naugigkeiten ergeben sich dann, wenn Inhaltseinheiten nur teilweise zu beanstanden sind.<sup>1081</sup> Fraglich ist, ob deswegen der Staat an einer Zertifizierung von Selbstverpflichtungen gehindert ist.

Zwar ist hier die Ausfilterung von auch rechtmäßigen Inhalten beim Nutzer eine Folge der staatlichen Zertifizierung, auch in diesem Fall entscheidet sich jedoch sowohl der Anbieter freiwillig für das Zertifikat, als auch der Nutzer freiwillig für den zertifizierenden Anbieter. Aufgrund des durch diese Freiwilligkeit ermöglichten autonomen Fremdhandelns könnte der Zurechnungszusammenhang zwischen dem staatlichen Handeln und der Schutzbereichsverkürzung somit an zwei Stellen unterbrochen sein.

Beschränkt sich das staatliche Handeln darauf, dem Anbieter seine Selbstverpflichtung zur Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen zu bestätigen, bliebe dieser auch bei einer Entscheidung gegen die Zertifizierung im Rahmen seiner Verantwortlichkeit gesetzlich dazu verpflichtet, etwa die Kommunikation pornographischer Inhalte zu unterlassen. In diesem Fall durchbricht die Freiwilligkeit des Anbieters schon aufgrund seiner fortbestehenden inhaltsgleichen Verpflichtung nicht den Zurechnungszusammenhang im Grundrechtsverhältnis zwischen Staat und Nutzer. Selbst wenn sich der Anbieter aber überobligatorisch verpflichtet, bestehen nach Zurechnungserwägungen Bedenken, wegen seiner eigenverantwortlichen Entscheidung den staatlichen Eingriff beim Nutzer entfallen zu lassen. Hier zeigt sich die Charakteristik kooperativer Inhaltskontrolle, deren staatlicher Beitrag darin besteht, dem *provider* Anreize zu gemeinwohlorientiertem Verhalten zu geben, da der Staat nur so seine Gemeinwohlziele erreichen kann. Dabei darf die Wahl kooperativer Handlungsformen nicht zu einer Freistellung des Staates von materiellrechtlichen Bindungen führen. Bietet der Staat dem *provider* – im Rahmen seiner verfassungsrechtlichen Möglichkeiten<sup>1082</sup> – einen Kooperationsanreiz über das gesetzlich Geforderte hinaus an, muß er sich das Aufgreifen dieses Anreizes durch den Privaten und seine Folgen auch und gerade dann zurechnen lassen, wenn es Ergebnis freier Willensentscheidung ist. Es ist erwünschte und gewollte Folge der staatlichen Verhaltenssteuerung und daher gerade keine eigenständige Drittorsache.<sup>1083</sup>

Aus dem gleichen Gedanken heraus läßt auch die freiwillige Entscheidung des Nutzers für einen zertifizierten *provider* die Eingriffsqualität der durch das staatliche Zertifikat herausgeforderten Einschränkung seiner Informationsfreiheit nicht entfallen.

---

<sup>1081</sup> Vgl. oben aa. *Technische Probleme der Identifizierung bedenklicher Inhalte in Echtzeit bei großen Mengen paketvermittelter Daten*, S. 175.

<sup>1082</sup> Vgl. dazu oben d. *Keine Verletzung der staatlichen Neutralitätspflicht durch Zertifizierung über das gesetzlich Geforderte hinausgehender Selbstverpflichtungen*, S. 236.

<sup>1083</sup> Vgl. zu diesem letztlich mit den im Rahmen der psychisch vermittelten Kausalität im Zivilrecht erörterten „Herausforderungsfällen“ verwandten Begründungsansatz für das Zivilrecht *Schiemann, Gottfried* in Staudinger, BGB, § 249 BGB Rn. 48ff., im verfassungsrechtlichen Kontext *Roth, Andreas*, Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzesvorbehalt, Berlin 1991, 226; *Spaeth*, a.a.O., S. 162.

## b. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Zu prüfen ist, ob der sonach gegebene Eingriff nach Art. 5 Abs. 2 GG gerechtfertigt werden kann, wenn die zertifizierten Filtermaßnahmen der *provider* zur Ausfilterung von mehr rechtmäßigen Meinungsinhalten führen als es dem Zertifikat entspräche.

Das vorgeschlagene Zertifikatsmodell dient als allgemeines Gesetz dem Zweck, die tatsächliche Einhaltung bestehender Inhaltsbindungen zu erleichtern und die Selbstschutzmöglichkeiten des Nutzers durch die Förderung inhaltlicher Profilbildung bei den Anbietern zu erweitern. Dies sind legitime Zwecke der kooperativen Inhaltskontrolle, zu deren Erreichung ein Zertifikatsmodell eine geeignete Maßnahme darstellt. Denn es kann erwartet werden, daß sich ihm vor allem große, nutzerstarke Anbieter anschließen werden, deren Kunden digitale Kommunikationsformen zum großen Teil erst kurzzeitig nutzen. Diese hätten aber ohne die durch das Zertifikatsmodell geförderte Selbstverpflichtung ihrer *provider* keinen Schutz vor rechtswidrigen Inhalten oder einer unerwünschten Verwendung ihrer Daten, weil ihnen (noch) die technologischen Kenntnisse fehlen. Mit weniger einschneidenden Mitteln als einem freiwilligen System ließe sich keine bessere Zweckerreichung erzielen. Die auch mit diesem Modell verbundene Verkürzung der Versorgung mit rechtmäßigen Informationsinhalten aus allgemein zugänglichen Quellen nimmt mit Zeitablauf ab: Durch die zu erwartenden technischen Fortschritte bei der Inhalteerkennung werden mehr und mehr Fehlfilterungen vermieden. Die aufgrund der vorgeschlagenen Maßnahmen zur Förderung eines pluralen Wettbewerbs der *Rating-Agenturen*<sup>1084</sup> erwartbare Verbreitung von Inhaltskennzeichnungen nach dem *PICS*-System führt ebenfalls zu einer zunehmend genaueren Kategorisierbarkeit von Inhalten. Durch das kooperative Setzen von Anreizen zu freiwilligem gemeinwohldienlichen Verhalten kommt der Staat auch in ausreichender Weise seiner Pflicht zum Schutz der Sicherheit von Anbietern und Nutzern nach. Zur Ergreifung *hoheitlicher* Maßnahmen ist er nach dem für die Erfüllung von Schutzpflichten geltenden Grundsatz der Subsidiarität nur verpflichtet, soweit der Bürger nicht in eigener Verantwortung für seine Sicherheit sorgen kann<sup>1085</sup>. Dazu, daß dem Bürger aber tatsächlich eine wirksame Möglichkeit des Selbstschutzes offensteht, dient der Anreiz staatlicher Zertifizierung. Letztlich steht es aber dem *provider* frei, sich zertifizieren zu lassen und dem Nutzer frei, einen *provider* zu wählen, der sich keiner Zertifizierung unterworfen hat oder – wenn gewünscht – Filtermaßnahmen am eigenen Computer zu installieren.<sup>1086</sup>

Hier liegt der entscheidende Unterschied zur gesetzlichen Verpflichtung von *providern* zur Verwendung eines *Rating*-Systems.<sup>1087</sup> Dadurch bedingte Informationsverkürzungen wären für den betroffenen Nutzer unfreiwillig und ohne Alternative. Danach führt

<sup>1084</sup> Vgl. oben *a. Wettbewerbssicherung als Voraussetzung kooperativer Inhaltskontrolle*, S. 210.

<sup>1085</sup> Vgl. *Isensee*, a.a.O. (FN 781), Rn. 142f.

<sup>1086</sup> Vgl. oben *1. Schutzmöglichkeiten des Kommunikationsempfängers gegen unerwünschte digitale Inhalte*, S. 206.

<sup>1087</sup> Vgl. oben *c. Verpflichtung der provider zur Verwendung eines Rating-Systems*, S. 181.

insgesamt ein Zertifikatsmodell auch nicht zu einem außer Verhältnis zur Förderung des Zwecks stehenden Rechtsgutseintrag beim Nutzer.

## 5. Kein Grundrechtsverstoß des sich selbstverpflichtenden *host* oder *access providers* gegenüber Nutzern

Eine selbständige Grundrechtsbindung privater Kooperationspartner wird in seltenen Fällen dann angenommen, wenn diese staatliche Steuerungswirkungen vermitteln.<sup>1088</sup> Voraussetzung für diese dem Grundsatz der Staatsgerichtetheit der Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) entgegengesetzte Annahme ist aber, daß nicht nur die Wirkungen des privaten Handelns, sondern auch der handelnde Private selbst dem Staat zuzurechnen ist. Er muß derart in einen vom Staat beherrschten Tätigkeitszusammenhang einbezogen sein, daß er letztlich als Werkzeug der Verwaltung erscheint.<sup>1089</sup> Das hier vorgeschlagene Zertifikatsmodell beruht auf der freiwilligen Teilnahme privater Anbieter und ist daher gerade kein vom Staat beherrschter Tätigkeitszusammenhang. Das Modell will vielmehr die sich aus der Stellung der Anbieter im privaten Wettbewerb ergebenden Anreize für die kooperative Inhaltskontrolle nutzbar machen. Die mit einer Grundrechtsbindung verbundene „versteckte Etatisierung“<sup>1090</sup> der *provider* rückt diese in die Position von Rundfunkveranstaltern, die gerade durch zunehmenden Wettbewerb in Frage gestellt wird.<sup>1091</sup>

## 6. Ergebnis

Die staatliche Zertifizierung von Selbstverpflichtungen privater Kommunikationsinhaltenanbieter wirft grundrechtliche Fragen auf. Der Staat kann aber letztlich ohne die Meinungsfreiheit von *content*, *host* und *access providern* zu verletzen, deren Selbstverpflichtung zur Implementierung von Kontroll- und Filtermaßnahmen zertifizieren. Sofern das Modell für Zertifikate verschiedener inhaltlicher Schwerpunktsetzungen offen ist, darf der Staat auch *provider* zertifizieren, die sich zur Filterung von Inhalten über das gesetzlich Geforderte hinaus verpflichten. Erst wenn das Zertifikatssystem Anforderungen vorschreibt, die zur Erreichung des mit dem Zertifikat angestrebten Zweck objektiv nicht erforderlich sind, liegt eine Grundrechtsverletzung des Anbieters vor.

Sowohl durch eine staatliche Zertifizierung von Anbietern, die sich zur Einhaltung der gesetzlichen Inhaltsbindungen verpflichten, als auch bei der – in Grenzen zulässigen –

---

<sup>1088</sup> So etwa für das „Duale System Deutschland“ vorgeschlagen von *Kiethe / Sproll*, ZIP 1994, 275 (280f).

<sup>1089</sup> *Trute*, DVBl. 1996, 950 (957); noch enger *Sachs, Michael* in *Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, § 78 III 2 b  $\chi$ , S. 165.

<sup>1090</sup> Vgl. *Trute*, DVBl. 1996, 950 (957).

<sup>1091</sup> Vgl. oben 1. *Konkurrenz im Markt für die Kommunikation audiovisueller Inhalte*, S. 132.

Zertifizierung von Kontrollmaßnahmen, die die empfangbaren Inhalte über das gesetzlich Geforderte hinaus beschränken, ergeben sich bei einem auf Freiwilligkeit basierenden Zertifikatsmodell keine Grundrechtsverletzungen der Nutzer.

## II. Wettbewerbsrecht als Instrument der Inhaltskontrolle

Der Mißbrauch marktbeherrschender Stellungen schadet dem Wettbewerb und damit dem Bürger. Aus diesem Grund beinhaltet das europäische und nationale Wettbewerbsrecht staatlich garantierte Schutzmaßnahmen zur Sicherung eines funktionierenden Wettbewerbs. Ein funktionierender Wettbewerb ist auch Voraussetzung für wirksame Formen kooperativer Inhaltskontrolle.<sup>1092</sup> Verliert das herkömmliche Inhaltskontrollrecht bei der Kommunikation digitaler Inhalte seine Schlagkraft, ist der Staat darauf angewiesen, durch die Sicherung des offenen Zugangs zu Medien deren inhaltliche Vielfalt zu fördern und auf diesem Wege rechtmäßigen und gemeinwohlverträglichen Inhalten zur Durchsetzung zu verhelfen und die Entstehung von übermäßiger Meinungsmacht zu verhindern. Dafür ist ein funktionierender Wettbewerb eine Schlüsselvoraussetzung. Zunehmend wird daher auch die Funktion des Wettbewerbsrechts bei der Kommunikationskontrolle betont.<sup>1093</sup> Nicht selten besteht Mißtrauen gegenüber den Leistungen des Wettbewerbs im Mediensektor.<sup>1094</sup>

Infolge der Privatisierung der Erbringung von Telekommunikationsleistungen und der Einführung von Wettbewerb in der Telekommunikation ist das wettbewerbsrechtliche Instrumentarium um bereichsspezifische Maßnahmen erweitert worden. Zu nennen sind insbesondere Maßnahmen zur Erzwingung von Interoperabilität proprietärer Standards, die in besonderer Weise geeignet sind, marktbeherrschende Stellungen entstehen zu lassen und den Wettbewerb zu behindern.<sup>1095</sup> Daneben bleiben allgemeine Maßnahmen

<sup>1092</sup> Vgl. oben a. *Qualitätswettbewerb zwischen Anbietern*, S. 203; *1. Schutzmöglichkeiten des Kommunikationsempfängers gegen unerwünschte digitale Inhalte*, S. 206.

<sup>1093</sup> Vgl. *Grzeszick*, AöR 123 (1998), 173 (183ff.); *Mestmäcker, Ernst Joachim*, Über den Einfluß von Ökonomie und Technik auf Recht und Organisation der Telekommunikation und der elektronischen Medien, in ders., *Kommunikation ohne Monopole II*, 1995, S. 148 (152ff.) und ebd. S. 13ff, 40 ff.; *Trute*, VVDStRL 57 (1998), 218 (227f.); *Engel, Christoph*, L'accès du publique et l'accès des opérateurs aux technologies avancées de communication, In *Fundamental Rights and new information technologies in the audiovisual sector*, München, Berlin 1996; *ders.*, *Medienordnungsrecht*, S. 155 ff.; *Depenheuer*, AfP 1997, 699 (675); *Kapor, Mitchell*, The Case for a Jeffersonian Information Policy, *Wired* 1.3, 1993; *Krattenmaker/Powe*, 104 *Yale L. J.* 1719 (1995); *O'Neill, Patrick*, 55 *U. Pitt. L. Rev.* 1057 (1994) (1072ff.); allgemein zur wachsenden Rolle des Wettbewerbsrechts in Privatisierungsfolgebereichen *Trute*, DVBl. 1996, 950 (959f.).

<sup>1094</sup> Seit BVerfGE 57, 295 befindet sich das öffentlich-rechtlich geprägte deutsche Rundfunkrechtsdenken in einer grundsätzlichen Abneigung gegen privatwirtschaftliches Engagement und seinen Koordinator Wettbewerb in den audiovisuellen Medien. Darauf hinweisend auch der *Wissenschaftliche Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie*, *Offene Medienordnung*, Gutachten unter <http://www.bmwi.de/download/medienordnung.doc>.

<sup>1095</sup> Vgl. §§ 33 ff. TKG und die Richtlinie 90/387/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch die Einführung eines offenen

gegen die Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung nach nationalem und EG-Recht weiter anwendbar.<sup>1096</sup> Deren Einsatzmöglichkeiten zur Inhaltskontrolle sind jedoch noch wenig konturiert. Fraglich ist – in Anlehnung an die oben genannten Beispiele<sup>1097</sup> –, ob die Regelungen wettbewerbsrechtliche Sanktionen auch gegen solche Akteure erlauben, die aufgrund ihrer Marktmacht bei proprietärer Software oder beim *Rating* von digitalen Inhalten Macht über Inhalte und über die Bedingungen ihrer Auswahl durch die Nutzer ansammeln können.

## 1. Nutzbarmachung der *open access*-Vorschriften für die Inhaltskontrolle

Das zum Teil EG-Recht umsetzende deutsche Recht gibt zwei Ansatzpunkte einer Zugangsgewährverpflichtung zu den Leistungen marktbeherrschender Unternehmen vor. Zum einen enthält das Telekommunikationsgesetz entsprechende Regeln in § 33 (a.). Denkbar wäre danach, daß auch Software, etwa ein Betriebssystem oder ein *browser*, Leistungen in diesem Sinne sind und damit auch zu ihnen diskriminierungsfreier Zugang gewährt werden muß. Ein anderer Ansatzpunkt ergibt sich möglicherweise in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, der durch die 6. GWB-Novelle in das Kartellgesetz eingefügt wurde (b.). Die Zugangsverpflichtung etwa eines Betriebssystem- oder *browser*-Herstellers bedeutete insbesondere, daß er konkurrierende Zusatzprogramme zur Auswahl und Filterung von Inhalten diskriminierungsfrei in seine Software integrieren müßte (c.). Dadurch würde die Gefahr gemindert, daß etwa ein dominierender Betriebssystemhersteller auch den Filtermarkt beherrscht und darüber die Inhaltsauswahl der Nutzer beeinflussen kann.

### a. Unmittelbare Geltung der *open access*-Vorschriften des TKG nur für marktkräftige Anbieter von Telekommunikationsleistungen

Der die *open access*-Vorschriften der EG-Richtlinien umsetzende<sup>1098</sup> § 33 TKG erstrebt die Sicherung des Wettbewerbs durch die Verpflichtung eines marktbeherrschenden Anbieters auf einem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen<sup>1099</sup> für die Öffent-

---

Netzzugangs – ONP-Richtlinie, ABl. EG Nr. L 192 vom 24. Juli 1990 und die Richtlinie 97/33/EG von Rat und Parlament über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP), ABl. EG L 199 vom 30. Juni 1997.

<sup>1096</sup> § 33 TKG enthält lediglich eine spezialgesetzliche Ergänzung der §§ 19ff. GWB dar. Daneben kann auch die EG-Kommission mit der Behauptung einer Verletzung von Art. 82 EGV angerufen werden, vgl. *Piepenbrock* in Beck'scher TKG-Kommentar, § 33 TKG Rn. 6, 66.

<sup>1097</sup> Vgl. oben S. 211f.

<sup>1098</sup> Ein Hinweis auf eine irgendwo erfolgte gesonderte Umsetzung der nach Inkrafttreten des § 33 TKG in der heutigen Form verkündeten Richtlinie 97/33/EG läßt sich nicht finden.

<sup>1099</sup> Darunter wird gemäß § 3 Nr. 18 TKG das gewerbliche Angebot von Telekommunikation einschließlich des Angebots von Übertragungswegen für Dritte verstanden.

lichkeit, Wettbewerbern auf diesem Markt diskriminierungsfrei Zugang zu seinen am Markt angebotenen „Leistungen, soweit sie wesentlich sind“, zu den Bedingungen zu ermöglichen, die er sich selbst bei der Nutzung dieser Leistungen für die Erbringung anderer Telekommunikationsleistungen einräumt. Der Begriff der zugangsgewährpflichtigen Leistung ist damit weit gefaßt. Er beschränkt sich nicht nur auf den reinen Infrastruktur- (Netz-)betrieb, sondern kann auch Leistungen umfassen, die sonst für einen Wettbewerber wesentlich sind.<sup>1100</sup> Ist etwa *Microsoft* im Markt der auf *Windows* basierenden Filter- und *Rating*-Software aktiv, so ist der offene Zugang zu den *Windows*-Programmierschnittstellen für jeden wesentlich, der konkurrierende Filter- und *Rating*-Software herstellen und vermarkten will. Wird er von *Microsoft* nicht oder nicht diskriminierungsfrei gewährt, besteht die Gefahr, daß *Microsoft* seine beherrschende Stellung im Betriebssystemmarkt mißbraucht, um auf dem nachgelagerten Markt für die Anwendungssoftware Wettbewerb zu verhindern.

Allerdings verpflichtet die Vorschrift nur Anbieter in einem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen. Macht also derjenige, dessen Leistung für einen Wettbewerber wesentlich ist, nicht auch selbst gewerbliche Angebote von Telekommunikation, findet die Vorschrift keine Anwendung. Zu seinen für den Wettbewerb im nachgelagerten Markt wesentlichen Leistungen muß ein Anbieter nach § 33 TKG also nicht stets, sondern nur dann Zugang gewähren, wenn er auch Telekommunikationsanbieter ist.

#### **b. Zugangsgewährverpflichtung nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nur für Infrastruktureinrichtungen**

Die allgemeine Mißbrauchsvorschrift des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB verlangt nicht, daß das zur Zugangsgewähr verpflichtete Unternehmen Telekommunikationsanbieter ist. Vielmehr genügt es, wenn ein „marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen“ auftritt.

Dafür schränkt die Vorschrift den Bereich der zugangsgewährpflichtigen Leistungen auf „eigene[n] Netzen oder andere[n] Infrastruktureinrichtungen“ ein. Betriebssysteme oder andere proprietäre Software als „Infrastruktureinrichtungen“ in diesem Sinne anzusehen, wird vom Wortlaut der Vorschrift kaum gedeckt. Auch in historischer Auslegung wird sich eine solch weite Begriffsdehnung nicht begründen lassen. Die noch im März 1997 vom Bundeswirtschaftsministerium vorgeschlagene Formulierung „Netzen oder anderen für die Aufnahme von Wettbewerb wesentlichen Einrichtungen“<sup>1101</sup> ging deutlich weiter als die nun Gesetz gewordene Fassung. Die Einschränkung auf „Infrastruk-

<sup>1100</sup> Der Begriff der Leistung, zu der Zugang zu gewähren ist, ist weit auszulegen. Er ist nicht auf Leistungen nach § 3 Nr. 18 TKG beschränkt und kann insbesondere auch Vor- und Nebenleistungen umfassen, die für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen genutzt werden, vgl. *Piepenbrock*, a.a.O., § 33 Rn. 15.

<sup>1101</sup> Vgl. dazu *Bunte, Hermann-Josef*, WuW 1997, 302 (304ff.).

tureinrichtungen“ ist eine Reaktion auf die deutliche Kritik an einer Verallgemeinerung der sektoral entstandenen *essential facilities*-Doktrin. Diese stützte sich nicht zuletzt darauf, daß kaum festzulegen sei, was eine „wesentliche Einrichtung“ darstellt und was nicht, eine Regelung also uferlos werden könnte.<sup>1102</sup>

**c. Anwendung des § 33 TKG auf marktbeherrschende Anbieter telekommunikationsnotwendiger Software**

Eine Anwendung der telekommunikationsrechtlichen *open access*-Vorschriften auf Softwareprodukte kommt jedoch dann in Betracht, wenn der Hersteller von Betriebssystemsoftware etwa für *Set-Top*-Boxen zugleich Kabelnetzbetreiber ist.<sup>1103</sup> Dazu wäre nötig, daß das Betreiben eines Kabelnetzes eine Telekommunikationsdienstleistung im Sinne des § 33 TKG ist. Eine direkte europarechtliche Vorgabe zu dieser Frage ist nicht ersichtlich, denn bei den zugangsgewährpflichtigen Diensten in Anhang I der Richtlinie 97/33/EG ist das Fernsehkabelnetz nicht aufgeführt. Die Aufzählungen im Anhang sind jedoch nicht abschließend. Die Geltung der nationalrechtlichen §§ 33ff. TKG ist für Fernsehkabelnetze insoweit abgelehnt worden, als die Vorschriften dadurch die Verbreitung von Rundfunk auf eindirektionalen Verteilmedien erfassen würden. Die Ausgestaltung eines Offenheitsregimes für diese Kommunikationsart aber sei Sache der Länder.<sup>1104</sup> Diese restriktive Auslegung des TKG hat sich nicht durchsetzen können<sup>1105</sup>. Selbst die von *Bullinger* gemachten Einschränkungen widersprechen einer Anwendung der bundesrechtlichen *open access*-Bestimmungen dann nicht, wenn die Kabelnetze bidirektional nutzbar sind und zur Kommunikation von Inhalten dienen, die nicht Rundfunk sind. Gerade dies wird im Zuge einer erweiterten Nutzung der Kabelnetze – etwa durch die Kaufinteressenten *Microsoft* und *Bertelsmann* nun angestrebt.<sup>1106</sup>

Ferner müßte die Betriebssystemsoftware der *Set-Top*-Box eine wesentliche Leistung sein. Entscheidendes Merkmal dafür ist, daß der Anbieter hinsichtlich dieser Leistung aufgrund seiner Eigentümer- oder sonstigen Rechtsstellung besondere Verfügungsrechte besitzt, während andere Unternehmen, die bestimmte Leistungen anbieten wollen, dafür auf die Nutzung der Leistung des marktbeherrschenden Anbieters angewiesen sind.

---

<sup>1102</sup> Zur Kritik *Bunte*, a.a.O., S. 305ff., 313ff.

<sup>1103</sup> Vgl. die dahingehenden Bestrebungen von *Microsoft*, oben a. *Wettbewerbssicherung als Voraussetzung kooperativer Inhaltskontrolle*, S. 210ff., Beispiel (2).

<sup>1104</sup> Vgl. *Bullinger*, ZUM 1997, 281. Die Länder haben mit § 53 RStV ebenfalls eine Regelung zum diskriminierungsfreien Zugang zu *Set-Top*-Boxen geschaffen.

<sup>1105</sup> Vgl. nur aus der neueren Literatur *Thierfelder*, Zugangsfragen digitaler Fernsehverbreitung, S. 63ff., *Libertus*, K&R 1999, 259, *Wagner*, K&R 1998, 234 (236). Die *Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP)* geht in ihrer Entscheidung vom 24. März 1999, Az. BK 3b 99/001 auch von einer allgemeinen Anwendbarkeit des TKG auf Kabelnetze aus.

<sup>1106</sup> *N.N.*, Bertelsmann setzt auf Kabel, SPIEGEL online v. 8.4.1999, <http://www.spiegel.de/netzwelt/ebusiness/0,1518,16256,00.html>. *Schulzki-Haddouti, Christiane*, Bill Gates auf dem Weg zur Herrschaft über das Internet, Telepolis v. 18.5.99 über <http://www.heise.de/tp/deutsch/inhalt/te/2857/1.html>.

Dies kann gerade auch bei EDV-Programmen der Fall sein, an deren proprietären Standards der Anbieter etwa Urheberrechte hat.<sup>1107</sup>

#### d. Ergebnis

Nach geltendem Recht kommt eine Übertragung der *open access*-Vorschrift des § 33 TKG auf Software und Dienstleistungen nur dann in Betracht, wenn deren Anbieter zugleich marktstarker Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen ist, also eine Situation vorliegt, wie sie sich aus dem *Beispiel 2*<sup>1108</sup> ergeben könnte.<sup>1109</sup>

Damit beschränken sich die zur Wettbewerbssicherung im Telekommunikationsmarkt geschaffenen Vorschriften bisher selbst darauf, als Instrument der Kommunikationsinhaltskontrolle nur in vertikal integrierten Märkten zu wirken. Reichte für die Anwendung der *open access*-Vorschriften aus, daß der Anbieter mit Marktbeherrschung eine Leistung anbietet, die eine wesentliche Einrichtung für die Nutzung von Telekommunikationsdienstleistungen ist, so könnte etwa auch das Unternehmen *Microsoft* durch das TKG dazu verpflichtet werden, sein PC-Betriebssystem den Anbietern konkurrierender *Rating*-Dienste (s.o. *Beispiel 3*) und konkurrierenden Softwareanbietern für bei der Kommunikation digitaler Inhalte relevante Steuerungsfunktionen (s.o. *Beispiel 1*) diskriminierungsfrei zu öffnen, ohne zugleich Telekommunikationsdienstleistungs- oder Netzanbieter sein zu müssen. Eine entsprechende gesetzliche Erweiterung stellte einen wesentlichen Beitrag des Staates zur kooperativen Inhaltskontrolle dar.

## 2. Nutzbarmachung der Konzentrations-, Kartell- und Mißbrauchsregeln für die Inhaltskontrolle

In den Vereinigten Staaten werden derzeit mögliche Wettbewerbsverstöße des Unternehmens *Microsoft* in einem umfangreichen *Antitrust*-Verfahren<sup>1110</sup> geprüft, das gleichermaßen Gemeinwohlziele der Kommunikationsinhaltskontrolle verfolgt.<sup>1111</sup> Auch in Europa wird mit dem Einsatz wettbewerbsrechtlicher Instrumente begonnen, um durch die Eingrenzung von wirtschaftlicher Macht in der Kommunikationsindustrie die eine

<sup>1107</sup> Vgl. *Piepenbrock*, a.a.O., Rn. 20.

<sup>1108</sup> Vgl. oben S. 211.

<sup>1109</sup> So auch die britische Regulierungsbehörde *OFTEL*, Digital Television and Interactive Services: Ensuring Access on fair, reasonable and non-discriminatory terms, über <http://www.oftel.gov.uk/broadcast/dig398.htm>.

<sup>1110</sup> *US v. Microsoft*, Civil Action No. 98-1232 (TPJ) und *State of New York v. Microsoft*, Civil Action No. 98-1233 (TPJ). Im November 1999 wurde der von Richter *Penfield Jackson* festgestellte Sachverhalt veröffentlicht. Danach hat *Microsoft* bei der Betriebssystemsoftware *Windows* eine Monopolstellung inne.

<sup>1111</sup> *Moglen, Eben*, Antitrust and American Democracy, <http://www.thenation.com/issue/980615/0615MOGL.HTM>; *ders.*, Microsoft Wants US (FN 185).

daraus erwachsende Beschränkung inhaltlicher Vielfalt frühzeitig zu verhindern.<sup>1112</sup> Mit dieser Akzentverschiebung wird staatliche Inhaltskontrolle zunehmend durch staatliche Offenheits- und Zugangssicherung ersetzt, die verhindern soll, daß private Macht die Inhalteauswahl der Nutzer beeinträchtigen oder beschränken kann.<sup>1113</sup> Mit Blick auf die in den genannten Beispielen<sup>1114</sup> angesprochenen Gefährdungen inhaltlicher Vielfalt sollen im Folgenden einzelne wettbewerbsrechtliche Instrumente auf ihre Eignung als staatlicher Beitrag zur kooperativen Inhaltskontrolle untersucht werden. Neben Einzelaspekten im nationalen Recht sind wegen des regelmäßig grenzüberschreitenden Charakters wettbewerbsbeeinträchtigender Maßnahmen auf dem Gebiet digitaler Kommunikation vor allem die Instrumente des europäischen Wettbewerbsrechts anzusprechen.

**a. Wettbewerbsrechtliche Ausformung des Rundfunkkonzentrationsrechts in § 26 RStV**

Ein Unternehmen darf in der Bundesrepublik Deutschland selbst oder durch ihm zurechenbare Unternehmen bundesweit im Fernsehen eine unbegrenzte Anzahl von Programmen veranstalten, es sei denn, es erlangt dadurch vorherrschende Meinungsmacht, § 26 Abs. 1 RStV. Das Vorliegen vorherrschender Meinungsmacht wird nach einem Marktanteilsmodell ermittelt: Erreichen die einem Unternehmen zurechenbaren Programme im Durchschnitt eines Jahres einen Zuschaueranteil von 30 %, so wird vermutet, daß vorherrschende Meinungsmacht gegeben ist. Gleiches gilt bei einer geringfügigen Unterschreitung des Zuschaueranteils, sofern das Unternehmen auf einem medienrelevanten verwandten Markt eine marktbeherrschende Stellung hat oder eine Gesamtbeurteilung seiner Aktivitäten im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten ergibt, daß der dadurch erzielte Meinungseinfluß dem eines Unternehmens mit einem Zuschaueranteil von 30 % im Fernsehen entspricht, § 26 Abs. 2 RStV.<sup>1115</sup> Die Prüfung lehnt sich somit an allgemeine wettbewerbsrechtliche Grundsätze zur Ermittlung marktbeherrschender Stellungen an, wobei sie bereits nach dem Gesetz auch benachbarte Märkte in den relevanten Markt einbezieht. Damit verdeutlicht die Vorschrift, daß die Sicherung des Wettbewerbs auf dem Kommunikationsmarkt Mittel zum Zweck der Verhinderung von übermäßigem Meinungseinfluß ist, der auch durch Aktivitäten auf benachbarten Märkten erhöht werden kann. Sie trägt damit durch die Verbreiterung des relevanten Marktes den besonderen Gegebenheiten des Kommunikationsinhaltsmarktes Rechnung.

---

<sup>1112</sup> So etwa im Wege der Vielfaltssicherung durch das Rundfunkkonzentrationsrecht in § 26 RStV, sowie durch das Fusionsverbot der *Europäische Kommission*, Mitteilung v. 13.3.98 Fall Nr. IV/M.1027 (*Kirch / Bertelsmann / Telekom*), CR 1998, 424.

<sup>1113</sup> Vgl. dazu auch *Grewlich*, Governance in ‚Cyberspace‘, Kap. 5.

<sup>1114</sup> Vgl. oben, S. 211.

<sup>1115</sup> Vgl. dazu *Kreile*, NJW 1997, 1329.

Weil er den Fernsehmarkt zum Anknüpfungspunkt seiner Regelung nimmt, stellt § 26 RStV allerdings kein Instrument dar, das gegenüber Unternehmen Anwendung finden kann, die übermäßigen Meinungseinfluß durch die Kontrolle etwa des Betriebssystemmarkts oder des Marktes für *Rating*-Dienstleistungen erreichen können.<sup>1116</sup>

## **b. Nutzbarmachung des europäischen Wettbewerbsrechts zur Kommunikationsinhaltskontrolle**

Die grundlegenden Normen des europäischen Wettbewerbsrechts sind Art. 81ff. EGV<sup>1117</sup>, die durch umfangreiches Sekundärrecht und eine kaum noch übersehbare Rechtsprechung des EuGH ausgestaltet werden. Die im Rahmen dieser Arbeit nur mögliche überblicksartige Prüfung der Anwendungsmöglichkeiten des EG-Wettbewerbsrechts zur Verhinderung von übermäßigem Meinungseinfluß und damit auch als Beitrag zur kooperativen Inhaltskontrolle bleibt daher auf Einzelaspekte zu den genannten Beispielfällen<sup>1118</sup> beschränkt. Diese können den Blick für weitere Anwendungsmöglichkeiten öffnen.

### *aa. Aufbau einer gemeinsamen Rating-Agentur durch Großunternehmen der Kommunikationsindustrie als Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne der Fusionskontrollverordnung und des Art. 81 EGV*

Entschließen sich europaweit agierende Unternehmen der Computersoftware-, Telekommunikations- und Medienbranche zum Aufbau einer gemeinsamen Organisation, die Standards und Software entwickeln soll, mit denen die Nutzer von Produkten und Dienstleistungen auch der Gründungsunternehmen digitale Kommunikationsinhalte auswählen und filtern<sup>1119</sup>, so könnte darin ein notifikationspflichtiger Zusammenschlußtatbestand nach der Fusionskontrollverordnung zu sehen sein, dessen Zulässigkeit materiellrechtlich nach Art. 81 EGV zu beurteilen ist.

Die EG-Fusionskontrollverordnung<sup>1120</sup> normiert ein Verfahren zur Notifikation und Genehmigung von Unternehmenszusammenschlüssen. Sie findet gemäß Art. 1 Abs. 2 FKVO Anwendung auf Zusammenschlüsse von Unternehmen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung. Ein Zusammenschluß nach der FKVO kann in der Gründung jedes Gemeinschaftsunternehmens liegen, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt, Art. 3 Abs. 2 FKVO. Der Anwendungsbereich des FKVO-Verfahrens ist durch die Änderungsverordnung<sup>1121</sup> auf die kooperativen Gemeinschafts-

<sup>1116</sup> Vgl. die Beispiele oben S. 211.

<sup>1117</sup> Zählung in der Fassung des Vertrags von Amsterdam, früher Art. 85ff. EGV.

<sup>1118</sup> Vgl. oben, S. 211.

<sup>1119</sup> Vgl. den Zusammenschluß zur *ICRA*, oben Beispiel 3, S. 211f.

<sup>1120</sup> VO (EWG) Nr. 4064/89, zuletzt geändert durch die VO (EG) Nr. 1310/97 vom 30. Juni 1997, ABl. EG 97 L 180 / 1, in Kraft getreten am 1. März 1998.

<sup>1121</sup> Vgl. FN 1120.

unternehmen erweitert worden. Maßgeblich für den Anwendungsbereich des Verfahrens der Verordnung ist danach nur noch, daß es sich bei der Neugründung um ein sogenanntes Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen handelt. Ob dieses kooperativen oder konzentrativen Charakter<sup>1122</sup> hat, entscheidet nach dem neuen Art. 1 Abs. 4 FKVO wie bisher über den Maßstab der materiellen Bewertung des Zusammenschlusses. Auf kooperative Gemeinschaftsunternehmen findet Art. 81 EGV und nicht das materielle Fusionskontrollrecht des Art. 2 FKVO Anwendung.<sup>1123</sup> Insofern ist zu trennen zwischen der Anwendbarkeit des FKVO-Verfahrens und dem kartellrechtlichen Bewertungsmaßstab.

(1) Anwendbarkeit des FKVO-Verfahrens

Voraussetzung für eine Anwendung der FKVO ist danach, daß es sich bei der gegründeten *Rating*-Organisation um ein auf Dauer angelegtes Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen handelt. Der Unternehmensbegriff in der FKVO und im EGV ist weitgehend übereinstimmend. Als Unternehmen gilt „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einrichtung, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“<sup>1124</sup> bzw. „jedes Rechtssubjekt, das eine kommerzielle oder wirtschaftliche Tätigkeit ausübt“<sup>1125</sup>. Für die nach dieser funktionalen Definition entscheidende Ausübung einer *wirtschaftlichen* Tätigkeit ist keine Voraussetzung, daß das Unternehmen mit Gewinnerzielungsabsicht arbeitet.<sup>1126</sup> Eine *Rating*-Organisation ist also auch dann unter den Unternehmensbegriff zu fassen, wenn sie ihre Produkte (Software) und Dienstleistungen (Erstellung von Bewertungskategorien und Bewertung von Inhalten) kostenlos anbietet. Wenn sie ihren Gründern gegenüber organisatorisch verselbständigt ist<sup>1127</sup>, diese aber die gemeinsame „unmittelbare oder mittelbare Kontrolle“<sup>1128</sup> darüber behalten – wovon auszugehen ist<sup>1129</sup> –, so ist sie auch ein Gemeinschaftsunternehmen im Sinne der FKVO.

Ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen zeichnet sich dadurch aus, daß es nicht lediglich als Hilfsinstrument für die wirtschaftliche Tätigkeit der es kontrollierenden

---

1122 Vgl. insoweit überholt *EG-Kommission*, Bekanntmachung über die Unterscheidung zwischen konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen, ABl. EG 1994 C 385 / 1.

1123 Zu den Änderungen *Immenga, Ulrich* in ders./Mestmäcker, Ernst-Joachim, EG-Wettbewerbsrecht, Ergänzungsband, 1998.

1124 EuGH C-41/90, Slg. 1991, I-1979 (2016) – *Höfner und Elser/Macroton*.

1125 Art. 1 des Protokolls Nr. 22 zum EWR-Abkommen, ABl. 1994 L 1/185.

1126 Dazu EuGH C-209-215 und 218/78, Slg. 1980, 3125 (3250) – *van Landewijk u.a.*; h.M. vgl. GTE - *Schröter/Rating*, Vorbemerkung zu den Artikeln 85 bis 89, Rn. 22 mwN; ähnlich *Emmerich, Volker* in *Immenga/Mestmäcker*, a.a.O., Bd. I, 1997, Art. 85 Abs. 1 Rn. 21. So auch das deutsche Recht, vgl. *Immenga, Ulrich* in ders./Mestmäcker, *GWB*, 2. Aufl. 1992, § 1 Rn. 76.

1127 Eine eigene Rechtspersönlichkeit ist nicht erforderlich, vgl. GTE - *Schröter/Rating*, Art. 85 – Fallgruppen, Rn 35.

1128 Art. 3 Abs. 2 iVm Abs. 1 lit. b) FKVO. Zu den Anforderungen im Einzelnen *EG-Kommission*, Bekanntmachung über den Begriff des Zusammenschlusses, ABl. 1994 C 385/5, Ziff. 18f.

1129 Vgl. die Möglichkeiten in Art. 3 Abs. 3 FKVO.

Unternehmen dient<sup>1130</sup>, sondern selbständig am Markt auftritt<sup>1131</sup> und eigene, von denen der Gründer unterscheidbare Interessen verfolgt<sup>1132</sup>. Dabei stehen der Annahme einer autonomen Geschäftspolitik Entscheidungsbefugnisse im Rahmen der gemeinsamen Kontrolle nicht entgegen.<sup>1133</sup> Dies wird bei einer Organisation, die einen einheitlichen *Rating*-Standard entwickeln, am Markt durchsetzen und den Nutzern digitaler Kommunikationsformen entsprechende Software anbieten soll, anzunehmen sein, zumal keines der beteiligten Gründerunternehmen<sup>1134</sup> bisher ähnliche Dienste selbst anbietet. Die *ICRA* ist auch auf Dauer angelegt.<sup>1135</sup>

Danach war die Gründung der *Rating*-Organisation *ICRA* durch *Microsoft*, *Bertelsmann*, *British Telecom*, *AOL* und *EuroISPA* notifizierungspflichtig im Sinne des Art. 4 Abs. 1 FKVO.<sup>1136</sup> Eine Unterlassung der Notifizierung ist bußgeldbewehrt nach Art. 14 Abs. 1 FKVO.

## (2) Kartellrechtlicher Bewertungsmaßstab

Soweit die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens unabhängig bleibender Unternehmen bezweckt oder bewirkt, beurteilt die Kommission eine solche Koordinierung nach dem neuen Art. 2 Abs. 4 FKVO nach den Kriterien des Artikels 81 Abs. 1 und 3 EGV, um festzustellen, ob das Vorhaben mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist. Übertragen die Gründerunternehmen dagegen ganze Tätigkeitsbereiche auf das Gemeinschaftsunternehmen oder betätigt sich das Gemeinschaftsunternehmen in einem Markt, in dem keines oder nur eines der Gründerunternehmen aktiv bleibt, werden diese konzentrativen Aktivitäten nach Art. 2 FKVO beurteilt.

Zwar betätigt sich eine *Rating*-Agentur nicht in einem der Kernmärkte der Gründerunternehmen. Diese können jedoch unmittelbar die Produkte und Dienstleistungen der Agentur entweder zur Integration in ihre eigenen Produkte<sup>1137</sup> oder zur Weitergabe an die Kunden ihrer Dienstleistungen<sup>1138</sup> verwenden. Eine solche Reaktionsverbundenheit

<sup>1130</sup> Dann liegt ein bloßes Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen vor, vgl. *Schröter/ Rating*, a.a.O., Rn. 47.

<sup>1131</sup> Vgl. *EG-Kommission*, Mitteilung über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens, ABl. C 66 vom 2.3.1998, Ziff. 12, 13.

<sup>1132</sup> *EG-Kommission*, Bekanntmachung (FN 1122), Ziff. 18.

<sup>1133</sup> *EG-Kommission*, Bekanntmachung (FN 1122), Ziff. 14, 22; *Schröter/ Rating*, a.a.O., Rn. 49.

<sup>1134</sup> Vgl. oben bei FN 957f.

<sup>1135</sup> Dazu muß die personelle und sachliche Ausstattung des Gemeinschaftsunternehmens nach Art und Umfang so beschaffen sein, daß es seine Tätigkeit grundsätzlich zeitlich unbegrenzt, zumindest aber langfristig ausüben kann, vgl. *Schröter/ Rating*, a.a.O., Rn. 51.

<sup>1136</sup> Vom Vorliegen einer gemeinschaftsweiten Bedeutung im Sinne des Art. 1 FKVO, die sich v.a. nach den Umsatzzahlen der Gründungsunternehmen bemißt, ist auszugehen.

<sup>1137</sup> So kann *Microsoft* die *Rating*-Software dieser Agentur in seinen Betriebssystemen und *browsers* vorinstallieren; *Bertelsmann* kann seine Inhalte nach den Kategorien der Agentur vorbewerten.

<sup>1138</sup> Die als Gründungsunternehmen beteiligten *provider* und Telekommunikationsunternehmen können das *Rating*-System der Agentur an ihre Kunden weitergeben.

zwischen den Märkten reicht aber für die Annahme einer Koordinierung aus.<sup>1139</sup> Dementsprechend berücksichtigt die Kommission bei der kartellrechtlichen Prüfung kooperativer Gemeinschaftsunternehmen insbesondere, „ob es auf [...] einem diesem vor- oder nachgelagerten Markt eine nennenswerte und gleichzeitige Präsenz von zwei oder mehr Gründerunternehmen gibt“ und „ob die unmittelbar aus der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens erwachsende Koordination den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren und Dienstleistungen den Wettbewerb auszuschalten.“<sup>1140</sup> Bertelsmann hat als Gründerunternehmen auf dem Markt der *Bewertung und Filterung* von digitalen Inhalten vorgelagerten Markt der *Inhalteproduktion*, ebenso wie auf nachgelagerten Märkten *Microsoft* (Betriebssystem- und *browser*-Markt) und die *provider* und Transporteure (*EuroISPA*, *AOL*, *BT*) eine nennenswerte Präsenz. Die Koordinierung durch Verständigung auf das *Rating*-Konzept der *ICRA* eröffnete den beteiligten Unternehmen, den Wettbewerb auf dem Markt für *PICS*-kompatiblen *Rating*-Systemen stark zu beeinträchtigen, wenn nicht auszuschalten, weil die Mehrzahl der Nutzer und *provider* – überall mit demselben System konfrontiert – ebenfalls zu dessen Verwendung gedrängt würde.

Ein Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EGV kommt danach in Betracht. Gruppenfreistellungtatbestände nach Art. 81 Abs. 3 EGV drängen sich nicht auf.<sup>1141</sup> Eine Einzelfreistellung wäre materiell nur denkbar, wenn die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens spürbare objektive Vorteile mit sich brächte, die wirtschaftlich gewichtig genug sind, die aus der Einschränkung des Wettbewerbs fließenden Nachteile mindestens auszugleichen<sup>1142</sup>. Die auch von der Kommission für den Bereich strategischer Allianzen anerkannten Vorteile der Entwicklung neuer Dienste<sup>1143</sup> und der raschen Verbreitung fortgeschrittener Technologie zum Nutzen europäischer Unternehmen und Verbraucher kommen hier nicht zum Tragen. Zum einen bedarf die hier in Rede stehende Technologie (*PICS-Rating*) keiner nur durch Zusammenschlüsse aufzubringenden Investitionen, sondern sie ist gerade dafür gedacht, dezentral organisiert und verbreitet zu werden. Zum anderen ist im vorliegenden Falle die besondere Gefahr des Zusammenschlusses für die Vielfalt der Kommunikationsinhalte zu berücksichtigen, die zu einer eher strenger wettbewerbsrechtlichen Bewertung führen muß.

---

<sup>1139</sup> Schröter / *Rating*, a.a.O. Rn. 72.

<sup>1140</sup> Art. 2 Abs. 4 Spiegelstriche FKVO.

<sup>1141</sup> Nach der ÄnderungsVO (EWG) Nr. 151/93 fallen Gemeinschaftsunternehmen *zum Vertrieb spezialisierter Erzeugnisse* unter eine Gruppenfreistellung, jedoch nur, wenn die beteiligten Unternehmen weder 1 Mrd ECU Umsatz noch 10 % Marktanteil haben. Beides trifft auf mehrere Gründerunternehmen nicht zu.

<sup>1142</sup> Vgl. Schröter / *Rating*, a.a.O. Rn. 90.

<sup>1143</sup> Vgl. *EG-Kommission*, Entscheidungen vom 27.7. und 14.5.1997, ABl. 1994 L 223/36 und L 336/1 – *BT/MCI I und II*.

*bb. Mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch Verweigerung des Zugangs zu Betriebssystemsoftware für Anbieter konkurrierender Programme zur benutzergesteuerten Inhaltskontrolle*

Art. 82 EGV untersagt Unternehmen die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem gemeinsamen Markt, soweit diese dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen. Eine mißbräuchliche Ausnutzung kann auch darin liegen, daß ein Unternehmen, das ein marktbeherrschendes Zentralprodukt kontrolliert, Marktteilnehmern, die im Markt für Peripherieprodukte dieses Zentralproduktes tätig sind, die zur Ausübung ihrer Tätigkeit nötigen Schnittstelleninformationen verweigert.<sup>1144</sup>

Mit Hilfe dieses Ansatzes kann den sich aus den genannten *Beispielen 1* und *2*<sup>1145</sup> ergebenden Gefahren für einen offenen Wettbewerb bei Software und Dienstleistungen zur Auswahl digitaler Inhalte und eines wegen dieser Gefahren zu befürchtenden übermäßigen Meinungseinflusses des marktbeherrschenden Betriebssystemherstellers begegnet werden. Ein den Markt dominierendes Betriebssystem kann danach gleichsam als Bestandteil der Kommunikationsinfrastruktur begriffen werden, zu dem der Anbieter Wettbewerbern Zugang gewähren muß, die zur Erbringung ihrer Leistungen in abgeleiteten Märkten darauf angewiesen sind. Der EuGH stellt allerdings strenge Anforderungen an eine solche Verpflichtung nach der *essential facilities*-Doktrin.<sup>1146</sup> Die Zugangsverweigerung muß zum einen geeignet sein, jeglichen Wettbewerb auf dem abgeleiteten Markt durch denjenigen, der die Dienstleistung begehrt, auszuschalten, und darf nicht objektiv zu rechtfertigen sein. Zum anderen muß die Dienstleistung selbst für die Ausübung der Tätigkeit des Wettbewerbers in dem Sinne unentbehrlich sein, daß kein tatsächlicher oder potentieller Ersatz für die wesentliche Einrichtung besteht.<sup>1147</sup> Aus dem Kommunikationsbezug einer *essential facility* leitet der EuGH keine gesteigerten Pflichten des diese kontrollierenden marktbeherrschenden Unternehmens ab. So hat der Gerichtshof den Anspruch einer österreichischen Tageszeitung auf Aufnahme in das einzige landesweite Hauszustellungssystem, das von einer konkurrierenden Verlagsgruppe betrieben wurde, abgelehnt.<sup>1148</sup> Ohne auf den Kommunikationsbezug der Fallgestaltung einzugehen verweist der Gerichtshof auf die verbleibenden Wettbewerbsmöglichkeiten im Kioskverkauf und darauf, daß der Anspruchsteller am Aufbau eines zweiten Zustellungsnetzes nicht gehindert sei.

<sup>1144</sup> EG-Kommission, Einzelfall *IBM*, XIII, WB (1984) Ziff. 94ff, sowie Bulletin EG 10-1984, S. 105ff.

<sup>1145</sup> Vgl. oben, S. 211f.

<sup>1146</sup> Vgl. zur Bedeutung der *essential facilities*-Doktrin im Telekommunikationsbereich *Scherer, Joachim*, MMR 1999, 315.

<sup>1147</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 6. April 1995 in den verbundenen Rechtssachen C-241/91 P und C-242/91 P, Slg. 1995, I-743 - *RTE und ITP/Kommission*, „*Magill-Urteil*“, Entscheidungsgründe 49ff.; EuGH, Urteil vom 26. November 1998, C-7/97, MMR 1999, 348 - *Bronner*; Entscheidungsgründe 39ff.

<sup>1148</sup> EuGH, a.a.O. - *Bronner*.

Beide Möglichkeiten bestehen allerdings für Peripheriesoftware zu einem Betriebssystem nicht. Diese kann nicht unabhängig vom Betriebssystem vertrieben und verwendet werden und es steht außerhalb der Möglichkeiten der Anbieter von Programmen zur Inhaltsfilterung und -auswahl, gleich ein ganzes Betriebssystem mitzuentwickeln. Zudem können die erheblichen Möglichkeiten des Betriebssystemanbieters zur faktischen Vorselektion der erhaltenen digitalen Kommunikationsinhalte für weite Nutzerkreise bei der Beurteilung der Zugangsverpflichtung nicht unberücksichtigt bleiben.<sup>1149</sup>

### c. Ergebnis

Auch das allgemeine Kartell- und Wettbewerbsrecht stellt Mittel zur Verfügung, mit Hilfe derer über die Sicherung des Wettbewerbs bei der Kommunikation digitaler Inhalte die einseitige Entstehung und Ausnutzung von Meinungsmacht verhindert werden kann. Ihr Wert als staatlicher Beitrag zur kooperativen Inhaltskontrolle wäre aber höher, wenn Regelungen über Teilbereiche hinaus anwendbar wären<sup>1150</sup>, ihre Anwendbarkeit auf untypische Sachverhalte besser erkannt und durchgesetzt würde<sup>1151</sup> und der Kommunikationsbezug von wettbewerbsberührenden Maßnahmen zu einer strengeren wettbewerbsrechtlichen Prüfung führte<sup>1152</sup>.

## III. Rechtliche Verpflichtung des Staates zur Vermittlung von Kenntnissen über den Umgang mit Möglichkeiten des technologischen Selbstschutzes

Während gesetzliche Inhaltskontrolle mit hoheitlicher Durchsetzung Auswahlentscheidungen im Bezug auf Kommunikationsinhalte für den Bürger trifft, verweist ihn die kooperative Inhaltskontrolle auf eigene Auswahlentscheidungen und auf eine weitgehend eigenverantwortliche Organisation seines Schutzes vor unerwünschten Inhalten und vor der unerwünschten Verwendung von ihm kommunizierter Inhalte durch Dritte. Damit ist nicht gesagt, daß der Bürger bei der notwendigen Aneignung von Kenntnissen über den Umgang mit Möglichkeiten des technischen Selbstschutzes auf sich allein gestellt bleiben müßte. Vielmehr ist die Vermittlung von Selbstschutzkompetenz ein wün-

---

<sup>1149</sup> Vgl. dazu *Moglen, Eben, Microsoft Wants US* (FN 185).

<sup>1150</sup> Vgl. *a. Wettbewerbsrechtliche Ausformung des Rundfunkkonzentrationsrechts in § 26 RStV*, S. 248.

<sup>1151</sup> Vgl. *aa. Aufbau einer gemeinsamen Rating-Agentur durch Großunternehmen der Kommunikationsindustrie als Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne der Fusionskontrollverordnung und des Art. 81 EGV*, S. 249.

<sup>1152</sup> Vgl. *bb. Mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch Verweigerung des Zugangs zu Betriebssystemsoftware für Anbieter konkurrierender Programme zur benutzergesteuerten Inhaltskontrolle*, S. 253.

schenswerter und – zumindest vorübergehend<sup>1153</sup> – notwendiger Beitrag des Staates zur kooperativen Inhaltskontrolle.<sup>1154</sup>

Angesichts der noch nicht allgemein durchgesetzten politischen Überzeugung von der zunehmenden Bedeutung derartiger Vorfeldaufgaben bei der Kontrolle digitaler Kommunikationsinhalte zur Ergänzung hoheitlicher Regulierung und der gerade im Bildungssektor nachhaltig knappen öffentlichen Mittel dürfte für das Gelingen kooperativer Kontrolle entscheidend sein, ob der Staat zur Leistung oder Gewährleistung dieses Kooperationsbeitrags rechtlich verpflichtet ist. Ein Ansatzpunkt für eine solche Verpflichtung könnte sich aus Art. 87 f Abs. 1 GG ergeben.

### 1. Grundsätze der Universaldienstverpflichtung des Art. 87 f Abs. 1 GG

Mit der Postprivatisierung hat der Staat die Erfüllung von Post- und Telekommunikationsleistungen als Elemente der Daseinsvorsorge aufgegeben und die Telekommunikation als garantiert privatwirtschaftliche Tätigkeit in die Marktwirtschaft entlassen.<sup>1155</sup> Durch Art. 87 f Abs. 1 GG verändert sich der staatliche Auftrag im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation in eine sozialstaatlich begründete Gewährleistungspflicht für flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen.

Zu den Dienstleistungen, deren privatwirtschaftliche Erbringung der Bund zu gewährleisten hat, gehören in erster Linie Ausbau und Betrieb der Telekommunikationsinfrastruktur<sup>1156</sup>, sowie einige darüber abgewickelte Basisdienste.<sup>1157</sup> Durch die verfassungsrechtliche Verpflichtung, einen Universaldienst durch Private zu gewährleisten, ist der Staat zum einen daran gehindert, selbst Telekommunikationsdienstleistungen verwaltungsmäßig zu erbringen<sup>1158</sup>. Zum anderen darf er dem Universaldienstregime nicht solche Dienstleistungen unterstellen, die nicht mehr „angemessen“ sind. Durch einen zu breit angelegten Universaldienst würden die privaten Anbieter beeinträchtigt<sup>1159</sup> und

<sup>1153</sup> Fehlende Kenntnis im Umgang mit technologischen Selbstschutzmöglichkeiten ist zumindest auch ein Generationenproblem. Jüngere Menschen, die mit digitalen Kommunikationsformen aufwachsen, wissen über ihre Handhabung besser Bescheid als ältere.

<sup>1154</sup> Vgl. oben *c. Vermittlung von Kenntnissen über die Möglichkeiten privaten Selbstschutzes*, S. 214 und *d. Vermittlung von Kenntnissen*, S. 223.

<sup>1155</sup> Vgl. *Bullinger / Mestmäcker*, Multimediendienste, S. 79ff.; *Schoch*, VVDSrL 57 (1998), S. 158 (198ff.).

<sup>1156</sup> Vgl. dazu *Fehling, Michael*, AöR 121 (1996), 59 (78f.).

<sup>1157</sup> Die Staatszielbestimmung des Art. 87 f. GG (vgl. *Sachs – Windthorst*, GG, 2. Aufl., § 87 f Rn. 14 mwN) wird durch Regelungen des TKG und der Telekommunikationsuniversaldienstverordnung näher ausgestaltet, vgl. oben FN 965. Die Frage, wie weit diese Infrastrukturverantwortung reicht und ob etwa Kabel einer bestimmten Datendurchsatzrate gewährleistet sein müssen, kann hier dahinstehen (sehr weitgehend *Röger*, ZRP 1997, 203 (206)). Der Universaldienstumfang ist jedenfalls offen für technische Entwicklungen.

<sup>1158</sup> *Bullinger/Mestmäcker*, a.a.O., S. 83; *Windthorst*, a.a.O., Rn. 22 m.w.N.

<sup>1159</sup> *Windthorst*, a.a.O. Rn. 19.

technische Innovationen behindert.<sup>1160</sup> Ebenso wenig bezieht sich die staatliche Gewährleistungsverantwortung nach Art. 87 f GG auf die über Telekommunikationsinfrastruktur kommunizierten Inhalte selbst.<sup>1161</sup> Sie beschränkt sich danach insgesamt darauf, daß der Bürger sich an Telekommunikations-„hardware“ anschließen und diese unter Verwendung weit verbreiteter Dienste zu angemessenen Bedingungen benutzen kann, während darüber hinausgehende Dienste und die gesamte „software“ nicht Gegenstände der Universaldienstverpflichtung sind.<sup>1162</sup>

## 2. Übertragung auf die Vermittlung von Kenntnissen

Die Frage, ob der Staat verpflichtet ist, eine angemessene und ausreichende Vermittlung von Kenntnissen über den Umgang mit Telekommunikationsdienstleistungen zu gewährleisten, spricht eine Zwischenstufe zwischen von Art. 87 f Abs. 1 GG erfaßter „hardware“-Verantwortlichkeit und davon ausgeklammertem „software“-Angebot an. Art. 87 f GG selbst äußert sich zu dieser Zwischenstufe nicht.

Isoliert kann das Angebot von Universaldienstleistungen seinen sozialstaatlichen Zweck nicht erreichen. Besitzt der Bürger kein „know-how“ hinsichtlich der ihm durch das Universaldienstregime angebotenen Telekommunikationsdienstleistungen, kann er diese nicht nutzen. Die angestrebte Versorgungsgarantie und damit der Zweck des Universaldienstes gingen für ihn ins Leere. Sie können sich sogar für diejenigen zum Schaden auswirken, deren nicht ausreichenden Kenntnisse dazu führen, daß sie bei der Nutzung ihrer ISDN-Telefonleitung<sup>1163</sup> ständig mit rechtswidrigen Inhalten konfrontiert wird und die Verwendung von ihnen kommunizierter Inhalte und persönlicher Daten nicht steuern können.

Solange eine Telefonleitung nur zum Telefonieren benutzt werden konnte, reicht ihre Bereitstellung aus, um einen allen gleichermaßen zugute kommenden Universaldienst zu schaffen. Weiten sich die Nutzungsmöglichkeiten der gewährleisteten Einrichtung aus, führen fehlende Kenntnisse insbesondere über Möglichkeiten der Anonymisierung, Verschlüsselung und Inhaltefilterung zu einer relativen Verkürzung der Kommunikati-

---

<sup>1160</sup> Maunz / Dürig / Herzog-Lerche, Art. 87 f Rn. 79.

<sup>1161</sup> Schoch, VVDStRL 57 (1998), 158 (205).

<sup>1162</sup> Zu Überschneidungen mit einem – ggf. aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG hergeleiteten – zunehmend zweifelhaften staatlichen Grundversorgungsauftrag mit Rundfunkinhalten vgl. oben 2. Kapitel: *Schwindende Berechtigung bisheriger Rundfunkregulierung*, S. 129.

<sup>1163</sup> Die Versorgung mit ISDN-fähigen Telefonanschlüssen ist Bestandteil des Universaldienstes.

onsmöglichkeiten. Davon sind vor allem jene betroffen, denen der soziale Zweck des Universaldienstes besonders zugute kommen soll.<sup>1164</sup>

*Know-how* ist danach ein inhaltsneutrales Werkzeug zur Nutzung der *hardware*. Seine Vermittlung ist mit dem Infrastruktursicherungsauftrag des Art. 87 f Abs. 1 GG verknüpft, bedingt ihn letztlich sogar. Hat der Staat aber die angemessene und ausreichende Versorgung auch mit Kenntnissen zu gewährleisten, stellt sich die Frage, wie er dieser Verpflichtung nachkommen kann. Nach dem Grundgedanken des Art. 87 f GG bietet sich an, ähnlich dem Universaldienstregime der §§ 17ff. TKG Regeln zu entwickeln, nach denen Private etwa durch schriftliche Informationen oder Bildungsangebote im Rahmen der betrieblichen Weiter- und der Erwachsenenbildung oder in Bibliotheken diese Aufgaben erfüllen können. An einem fiskalischen Beitrag zu dieser Aufgabenerfüllung ist der Staat verfassungsrechtlich nicht gehindert.<sup>1165</sup>

Können entsprechende Bildungsangebote an öffentlichen Schulen nicht ebenfalls privatwirtschaftlich bereitgestellt werden, sondern müssen vom Staat direkt angeboten werden, stellt sich die Frage der Vereinbarkeit mit Art. 87 f Abs. 2 S. 1 GG. Berücksichtigt man jedoch den Zweck der gesamten Vorschrift, den Telekommunikationssektor zwar in private Hände zu legen, gleichzeitig aber eine Unterversorgung durch „Rosinenpicken“ zu verhindern<sup>1166</sup>, so ergibt sich aus dem Verfassungszweck kein Hinderungsgrund für staatliche Bildungsangebote im Rahmen des öffentlichen Schulsystems. Auch der Wortlaut der Vorschrift spricht nicht dagegen, weil es sich bei der Kenntnisvermittlung nicht um explizit privatwirtschaftlich zu erbringende „Telekommunikationsleistungen“ im engeren Sinne handelt, sondern um eine für deren Nutzung wesentliche Vorfeldaufgabe im Rahmen des staatlichen Bildungsauftrages.

Unterstützung erfährt dieses Ergebnis auch aus dem Gedanken, daß mit zunehmender Ausdifferenzierung und Komplizierung der Kommunikationsbedingungen dem Staat zusätzliche Aufgaben zuwachsen, die Voraussetzungen für die reale Verwirklichung etwa der Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG sicherzustellen. Zu diesem Auftrag zu einem Grundrechtsvoraussetzungsschutz gehöre auch die Einbeziehung von Schulen, Bibliotheken und anderen öffentlichen Einrichtungen in ein Förderkonzept, wie es das amerikanische Universaldienstkonzept kennzeichne.<sup>1167</sup>

---

<sup>1164</sup> Gerade Nutzer im ländlichen Raum werden die sich bietenden Möglichkeiten des *electronic commerce* nutzen, weil Waren- und Dienstleistungsangebot vor Ort fehlen. Entsprechend dringender benötigen diese Nutzer Kenntnisse über ihre Schutzmöglichkeiten.

<sup>1165</sup> Windthorst, a.a.O., Rn. 18.

<sup>1166</sup> Fehling, Michael, VerwArch 86 (1995), 600 (608f).

<sup>1167</sup> Dazu Trute, VVDStRL 57 (1998), 218 (254f) m.w.N., Schoch, VVDStRL 57 (1998), 158 (189f.)

#### IV. Mögliche Verletzung rechtlicher Bindungen durch die Lockerung urheberrechtlicher Strukturen und die Rücknahme von strafrechtlichen Inhaltsverboten

Zur kooperativen Kontrolle digitaler Kommunikationsinhalte kann die Lockerung oder Rücknahme gesetzlicher Inhaltsbindungen ein wirksamer Beitrag des Staates sein, wenn dadurch Mechanismen des technischen und gesellschaftlichen Selbstschutzes vor unerwünschten Inhalten gefördert werden.<sup>1168</sup> Anhand der folgenden Überlegungen zum Urheberrecht und zu strafrechtlichen Normen gegen die Kommunikation nationalsozialistischen Gedankenguts soll untersucht werden, inwieweit internationalrechtliche und verfassungsrechtliche Verpflichtungen den Staat an einem solchen Kooperationsbeitrag hindern.

##### 1. Urheberrecht

Stärker als andere Rechtsgebiete ist das Urheberrecht traditionell von einer grenzüberschreitenden Rechtsvereinheitlichung durch internationale Verträge<sup>1169</sup> und durch Rechtsetzung der Europäischen Gemeinschaft geprägt<sup>1170</sup>, wodurch Bindungen für den nationalen Gesetzgeber entstehen.

##### a. Bindungen aus internationalen Übereinkommen und Europarecht

Die Bindungen des deutschen Gesetzgebers aus internationalen Übereinkommen und aus Europarecht sind kaum mehr sinnvoll zu trennen. Insbesondere der jüngste Richtlinienvorschlag der EG-Kommission<sup>1171</sup> inkorporiert die Inhalte des – auch von Deutschland paraphierten, aber noch nicht ratifizierten – WIPO-Urheberrechtsvertrags<sup>1172</sup>, soweit sie nicht ohnehin bereits Gegenstand von geltenden EU-Richtlinien

---

<sup>1168</sup> Vgl. oben a. *Lockerung urheberrechtlicher Strukturen*, S. 220 und IV. *Stimulierung gesellschaftlicher Selbststeuerung durch Lockerung von Inhaltsbindungen*, S. 224.

<sup>1169</sup> Neben der Berner Übereinkunft von 1886 (Pariser Fassung von 1971, BGBl. 1973 II, S. 1069 in Kraft seit 10.10.1974) sind vor allem das Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (*TRIPS*), BGBl. 1994 II, 1565 / 1730, in Kraft seit 1.1.1995 und die 1996 geschlossenen, aber noch nicht in Kraft getretenen Abkommen im Rahmen der *World Intellectual Property Organisation (WIPO)*, vgl. oben FN 277, zu nennen.

<sup>1170</sup> Die Europäische Gemeinschaft ist u.a. durch die „Computerprogrammrichtlinie“ 91/250/EWG vom 14.5.1991, die „Verleih- und Vermieterechtsrichtlinie“ 92/100/EWG vom 19.11.1992 (geändert durch die RL 93/98/EWG vom 29.10.1993), die „Satelliten- und Kabelweiterverbreiterichtlinie“ 93/83/EWG vom 27.9.1993, die „Datenbankrichtlinie“ vom 11.3.1996 und die „Muster- und Modellrechtsschutzrichtlinie“ 98/71/EG vom 28.10.1998 auf dem Gebiet des Urheberrechts rechtssetzend tätig geworden. Eine allgemeinere Rechtsangleichung des Gebiets strebt der (geänderte) Vorschlag der EG-Kommission zu einer Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, KOM (1999) 250 endg., ABl. C 180/6 vom 25.6.1999 an.

<sup>1171</sup> KOM (1999) 250 endg., ABl. C 180/6 vom 25.6.1999.

<sup>1172</sup> Vgl. Erwägungsgründe (11) und (37).

sind<sup>1173</sup>. Der WIPO-Vertrag bezieht seinerseits die wesentlichen Vorschriften des Berner Übereinkommens bestätigend ein.<sup>1174</sup> Der Richtlinienentwurf und die bestehenden Richtlinien sind damit insgesamt Maßstab auch dafür, inwieweit der deutsche Gesetzgeber internationalrechtlich zu urheberrechtlicher Inhaltsregulierung verpflichtet ist. Daraus ergeben sich auch seine Möglichkeiten, diese Normen einseitig zu lockern.

Materiellrechtlich verlangt das Europarecht für die hier interessierende Kommunikation digitaler Inhalte – unter Einbeziehung des Richtlinienentwurfs –, dem Urheber<sup>1175</sup> und anderen Berechtigten<sup>1176</sup> grundsätzlich das ausschließliche Recht auf Vervielfältigung und öffentlicher Wiedergabe des Werks<sup>1177</sup> einzuräumen. Über die Ausnahme technisch bedingter und wirtschaftlich bedeutungsloser Vervielfältigungen<sup>1178</sup> hinaus, behalten die Mitgliedsstaaten nur das Recht, Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen vorzusehen, wenn digitale Inhalte privat<sup>1179</sup> oder zu unkommerziellen Archivzwecken<sup>1180</sup> vervielfältigt, in Unterricht oder Wissenschaft<sup>1181</sup> oder zum Zweck der Berichterstattung, Rezension oder öffentlichen Sicherheit<sup>1182</sup> genutzt oder öffentlich wiedergegeben werden.<sup>1183</sup> Zudem darf jede – auch mitgliedstaatliche – Ausnahme von ausschließlichen Rechten „nur auf bestimmte Sonderfälle angewandt werden“ und nicht so ausgelegt werden, „daß ihre Anwendung in einer Weise genutzt werden kann, daß die berechtigten Interessen der Urheber unzumutbar verletzt werden“.<sup>1184</sup>

<sup>1173</sup> So etwa die Artt. 5 und 7 des WIPO-UrhRV zu Datenbanken und Vermietrechten.

<sup>1174</sup> Vgl. Art. 3f. WIPO-UrhRV. Gleiches erreicht auch Art. 9 Abs. 1 S. 1 TRIPS.

<sup>1175</sup> Dies ist der Urheber eines Werkes nach Artt. 2 Buchst. a), 3 Abs. 1, 4 des Richtlinienentwurfs (FN 1170). Hinzu kommen der Schaffende einer Datenbank nach Art. 4 Abs. 1 der „Datenbankrichtlinie“ (FN 1170) und der Programmierer nach Art. 2 Abs. 1 der „Computerprogrammrichtlinie“ (FN 1170).

<sup>1176</sup> Vgl. Artt. 2, 3 des Richtlinienentwurfs (FN 1170). Genannt sind ausübende Künstler in bezug auf die Aufzeichnungen ihrer Darbietungen, Tonträgerhersteller in bezug auf ihre Tonträger, Filmhersteller in bezug auf Original und Vervielfältigungsstücke der Aufzeichnungen und Sendunternehmen in bezug auf ihre Aufzeichnungen.

<sup>1177</sup> Art. 3 Abs. 2 des Richtlinienentwurfs (FN 1170) übernimmt damit die oben zitierte (FN 277) Formulierung von Art. 8 WIPO-UrhRV, um auch Einzelabrufe einzubeziehen.

<sup>1178</sup> Art. 5 Abs. 1 Richtlinienentwurf (FN 1170).

<sup>1179</sup> Nach Art. 5 Abs. 2 ba) Richtlinienentwurf (FN 1170) allerdings nur gegen Vergütung des Rechtsinhabers; Art. 6 Abs. 2 a) und Art. 9 der Datenbankrichtlinie (FN 1170) stellen eine Vervielfältigung nur bei nichtelektronischen Datenbanken zustimmungsfrei; Art. 5 Abs. 2 der Computerprogrammrichtlinie (FN 1170) erlaubt dem rechtmäßigen Benutzer die zustimmungsfreie Sicherungskopie.

<sup>1180</sup> Art. 5 Abs. 2 c) Richtlinienentwurf (FN 1170).

<sup>1181</sup> Art. 5 Abs. 3 a) Richtlinienentwurf (FN 1170); Art. 6 Abs. 2 b) Datenbankrichtlinie (FN 1170).

<sup>1182</sup> Art. 5 Abs. 3 c)-e) Richtlinienentwurf (FN 1170); nur öffentliche Sicherheit ist freigestellt von Art. 6 Abs. 2 c) Datenbankrichtlinie (FN 1170).

<sup>1183</sup> Art. 6 Computerprogrammrichtlinie (FN 1170) sieht darüber hinaus zustimmungsfreie Dekompilierungen zum Zweck der Herstellung mit einem Programm kompatibler Software vor.

<sup>1184</sup> Art. 5 Abs. 4 Richtlinienentwurf (FN 1170); Art. 6 Abs. 3 Datenbankrichtlinie (FN 1170); Art. 6 Abs. 3 Computerprogrammrichtlinie (FN 1170); Art. 10 Abs. 3 Verleih- und Vermietrechtsrichtlinie (FN 1170) idF des Art. 10 Abs. 1 b) des Richtlinienentwurfs (FN 1170).

Damit ist dem deutschen Gesetzgeber eine Lockerung urheberrechtlicher Vorschriften über das bestehende Maß hinaus<sup>1185</sup> weitgehend verwehrt. Allein im Rahmen des Art. 6 Abs. 2 d) Datenbankrichtlinie sind weitere nationale Ausnahmen zulässig, von denen Deutschland bisher keinen Gebrauch gemacht hat.<sup>1186</sup>

Anders als hinsichtlich der materiellrechtlichen Garantien und Ausnahmen des Urheberrechts wird der nationale Gesetzgeber hinsichtlich der Ausgestaltung von Rechtswahrnehmung und –verwertung durch internationale Verträgen und Europarecht kaum eingeschränkt. Weder das Berner Übereinkommen noch der WIPO-UrhRV schreiben etwa Verwertungsgesellschaften vor. Der EG-Richtlinienentwurf<sup>1187</sup> äußert kaum verhaltene Kritik an den bestehenden Verwertungsgesellschaften.<sup>1188</sup> Er läßt vielmehr eine deutliche Hinwendung zu technischen Schutzmaßnahmen erkennen, gegen deren Kompromittierung die Mitgliedsstaaten Rechtsschutz vorsehen müssen.<sup>1189</sup> Dabei geht der Entwurf davon aus, daß die *Rechtsinhaber* im Zuge der technischen Entwicklung „von technischen Maßnahmen Gebrauch machen können, mit denen die Verletzung von Urheberrechten [...] verhindert und/oder unterbunden werden kann.“<sup>1190</sup> Genauso werde der *Rechtsinhaber* insbesondere bei der Verbreitung von Inhalten über Netze mit dem Inhalt auch „Informationen über die [...] Nutzungsbedingungen mitteilen müssen, um die Wahrnehmung der mit dem Werk [...] verbundenen Rechts zu erleichtern.“<sup>1191</sup> Von einem noch verbleibenden Funktionsbereich der *Rechtswahrnehmer*, also der Verwertungsgesellschaften, wird dabei ersichtlich nicht ausgegangen.

## b. Bindungen aus Grundrechten

Das Bundesverfassungsgericht verarbeitet Konflikte zwischen den Schutzinteressen des Urhebers an seinem geistigen Eigentum und dem Allgemeininteresse an ungehinderter Kommunikation dieser Inhalte grundsätzlich im Rahmen von Art. 14 Abs. 1 GG.<sup>1192</sup> Zu etwaigen begrenzenden Anforderungen des durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Prozesses der freien Meinungsbildung an urheberrechtlich eingeräumte Ausschlußbefugnisse hat das Gericht bisher nicht Stellung nehmen müssen. Der Schutz des geistigen Eigen-

---

1185 Vgl. §§ 45 ff., 69d f, 87c UrhG.

1186 Vgl. etwa §§ 53 Abs. 5, 87c Abs. 1 Nr. 1 UrhG für den privaten Gebrauch elektronisch zugänglicher Datenbanken.

1187 Vgl. FN 1170.

1188 Vgl. Erwägungsgrund (12a): „Insbesondere aufgrund der durch die Digitaltechnik bedingten Erfordernisse muß sichergestellt werden, daß die Verwertungsgesellschaften im Hinblick auf die Beachtung der Wettbewerbsregeln ihre Tätigkeit stärker rationalisieren und für mehr Transparenz sorgen.“

1189 Vgl. Art. 6, 7 des Richtlinienentwurfs (FN 1170). Vorgaben in diese Richtung finden sich in Artt. 11f. WIPO-UrhRV.

1190 Vgl. Erwägungsgrund (30) und die Definition in Art. 6 Abs. 3 Richtlinienentwurf (FN 1170).

1191 Vgl. Erwägungsgrund (33) und die Definition in Art. 7 Abs. 2 Richtlinienentwurf (FN 1170).

1192 BVerfGE 31, 229 (238).

tums bedarf wie der allen Eigentums der gesetzlichen Ausgestaltung. Unmittelbarer verfassungsrechtlicher Schutz beschränkt sich auf eine Institutsgarantie, die nur verlangt, daß dem Urheber grundsätzlich das vermögenswerte Ergebnis der schöpferischen Leistung in privatrechtlicher Normierung zugeordnet und seine Freiheit gesichert wird, in eigener Verantwortung darüber verfügen zu können.<sup>1193</sup> Einschränkende Ausgestaltungen<sup>1194</sup> der Rechte des Urhebers nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG sind daran zu messen, ob sie zwischen der Privatnützigkeit des Eigentums und dem Wohl der Allgemeinheit ein ausgewogenes Verhältnis erzielen.<sup>1195</sup> Der besondere Kommunikations- und damit Sozialbezug des geistigen Eigentums des Urhebers vermag dabei weitergehende staatliche Einschränkungsbefugnisse zu begründen als bei anderen Eigentumspositionen.<sup>1196</sup>

Einzelne Verwertungsmöglichkeiten sind verfassungsrechtlich nur geschützt, wenn ohne sie das Urheberrecht nicht mehr als „Privateigentum“ zu bezeichnen wäre.<sup>1197</sup> Strengere Anforderungen stellt das Bundesverfassungsgericht – dem wirtschaftlichen Schutzzschwerpunkt entsprechend – an Regelungen, die dem Urheber die Vergütung für die Nutzung seiner Werke entziehen.<sup>1198</sup> Daß aber zur Sicherung des Vergütungsanspruches Urheberrechte von Verwertungsgesellschaften wahrgenommen werden müssen, ist verfassungsrechtlich nicht geboten.<sup>1199</sup> Danach befände sich eine Regelung, die vorschreibt, in welchen Fällen ein Urheber digitaler Inhalte diese im Allgemeinwohlinter-

<sup>1193</sup> BVerfGE a.a.O., S. 240f.

<sup>1194</sup> Ob und ab wann es sich dabei um Grundrechtseingriffe im technischen Sinne handelt, ist weniger bedeutend. Einen Eingriff eher verneinend BVerfGE a.a.O., S. 241: Befugnisse stehen dem Urheber „von vornherein“ nur in den vom Gesetzgeber gezogenen Grenzen zu; wenn zunächst umfassend ein Verwertungsrecht gewährt und nachfolgend beschränkt würde, sei dies nur eine gesetzestechnische Frage, BVerfGE 49, 382 (393). Dazu auch in Schrickler – Melichar, Vor §§ 45ff. UrhG Rn. 8f.; ebenso allgemein in Dreier – Wieland, Art. 14, Rn. 66; aA Sachs – Wendt, GG, Art. 14 Rn. 70ff. mwN, der zwischen Inhalts- und Schrankenbestimmung trennt und jedenfalls letztere als Grundrechtsbeeinträchtigung am allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz messen will. Dadurch wird allerdings die prüfungssystematische Differenzierung zwischen sozialpflichtkonkretisierenden und sozialpflichtüberschreitenden Schrankenbestimmungen verwischt.

<sup>1195</sup> BVerfGE 50, 290 (340), E 25, 112 (117f.); Dreier-Wieland, Art. 14, Rn. 79f.

<sup>1196</sup> Vgl. zur Abhängigkeit von staatlicher Regelungsbefugnis und Sozialbezug BVerfGE 50, 290 (340).

<sup>1197</sup> BVerfGE 31, 229 (241).

<sup>1198</sup> BVerfGE 31, 229 (244f.), E 49, 382 (400). Anders BVerfGE 31, 270 (274) für Schulfunksendungen, ohne daß allerdings ausdrücklich auf den dabei gesteigerten Sozial- und Meinungsbildungsbezug abgestellt worden wäre.

<sup>1199</sup> Die umfangreiche Regulierung der Verwertungsgesellschaften durch das WahrnG hat nicht nur zu einer in ihrer Wirksamkeit zweifelhaften Staatsaufsicht, vgl. *Rehbinder*, (FN 996), zu kartellrechtlichen Privilegien (vgl. § 102a GWB) und einer besonderen Anwaltsgebühr im Schiedsverfahren geführt (vgl. § 65b BRAGO), sondern auch dazu, daß Bestand und Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften nicht mehr hinterfragt wurden. Zu einer verfassungsrechtlichen Gebotenheit führt dies jedoch nicht.

esse zugänglich machen muß<sup>1200</sup> und sich im übrigen darauf beschränkt, ihn vor der Umgehung von ihm verwendeter Sicherungen zu schützen, damit ihm die Vergütung für jedwede mit dem Nutzer ausgehandelte Verwertung erhalten bleibt, im Einklang mit Art. 14 GG.

### c. Ergebnis

Die Möglichkeiten des deutschen Gesetzgebers, urheberrechtliche Vorschriften zu lockern, sind durch internationales und europäisches Recht wesentlich stärker eingeschränkt als durch die Grundrechte. Diese Bindungen verhindern letztlich eine Rücknahme von Ausschlußrechten des Urhebers unter den heutigen Standard. Spielraum verbleibt jedoch bei der Gestaltung der Rechtswahrnehmung für digitale Kommunikationsinhalte. Hier ist der nationale Gesetzgeber nicht gehindert, die eigenständige Wahrnehmung seiner Interessen durch den Urheber selbst gegenüber einer Tätigkeitsausweitung der Verwertungsgesellschaften zu stärken und so einen Beitrag zur kooperativen Inhaltskontrolle zu leisten.

## 2. Strafrecht

Zur Stimulierung eines gesellschaftlichen Diskurses, im Rahmen dessen die Anbieter unerwünschter digitaler Kommunikationsinhalte davon überzeugt werden können, ihre Angebote zu unterlassen, kann die Rücknahme auch strafrechtlicher Inhaltsregulierung ein rechtspolitisch wünschenswerter staatlicher Beitrag zur kooperativen Inhaltskontrolle sein.<sup>1201</sup> Am Beispiel der Strafbarkeit der digitalen Kommunikation nationalsozialistischen Gedankenguts soll hier der Frage nachgegangen werden, inwieweit ein solcher Kooperationsbeitrag dem Staat verfassungsrechtlich offen steht.

### a. Betroffene Straftatbestände

Die Kommunikation von digitalen Kommunikationsinhalten ist nach den hier vorangegangenen Untersuchungen<sup>1202</sup> nach geltendem Recht nur in seltenen Fällen mit Strafe bedroht.<sup>1203</sup> Speziell auf Inhalte nationalsozialistischen Gedankenguts zugeschnittene Vorschriften wie etwa §§ 86 Abs. 1 Nr. 4, 86a und 130 Abs. 3 StGB können deren di-

---

<sup>1200</sup> Diese werden im UrhG als Ausnahmen zu den Ausschlußrechten der Urheber geregelt, vgl. §§ 45 ff. UrhG.

<sup>1201</sup> Vgl. oben IV. *Stimulierung gesellschaftlicher Selbststeuerung durch Lockerung von Inhaltsbindungen*, S. 224.

<sup>1202</sup> Vgl. oben b. *Strafrecht*, S. 73.

<sup>1203</sup> §§ 94 Abs. 1 Nr. 1, 2, 95 Abs. 1, 103 Abs. 1, 130 Abs. 1 (mit Bekanntwerden in einer breiten Öffentlichkeit muß zu rechnen sein), 164 Abs. 1, Abs. 2, 185, 186, 187, 189 StGB.

gitale Kommunikation derzeit nicht erfassen. Dies läßt die Fragestellung jedoch nicht entfallen. Zum einen könnte versucht werden, durch eine Änderung dieser Tatbestände digitale Kommunikationsformen mitzuerfassen; zum anderen kann derlei Gedankengut auch von anderen, inhaltsoffenen Tatbeständen, etwa §§ 130 Abs. 1<sup>1204</sup>, 185 ff.<sup>1205</sup> StGB mit Strafe bedroht werden. Ohne daß es in dem hier gegebenen Rahmen darauf ankäme, wie gegebenenfalls eine bereichsspezifische Rücknahme der Strafdrohung gesetzestech- nisch verwirklicht werden könnte, soll hier nur gefragt werden, ob ein Rechtszustand, in dem der *digitalen* Kommunikation von NS-Gedankengut nur mit außerstrafrechtlichen Mitteln<sup>1206</sup> entgegengetreten würde, mit der Verfassung vereinbar wäre. Dies wäre dann der Fall, wenn das Grundgesetz keine Verpflichtung zu einer Pönalisierung dieser Kommunikationsinhalte enthielte.

#### **b. Keine verfassungsrechtliche Verpflichtung zum Einsatz des Strafrechts**

Eine derartige Verfassungsverpflichtung könnte sich aus einer expliziten Anordnung im Text des Grundgesetzes oder aus dem Gedanken verfassungskräftiger Schutzpflichten für die von den bestehenden Strafnormen geschützten Rechtsgüter ergeben.

##### *aa. Keine ausdrückliche verfassungsrechtliche Pönalisierungsverpflichtung*

Art. 26 Abs. 1 S. 2 GG verpflichtet den Gesetzgeber, Handlungen, die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören, insbesondere die Führung eines Angriffskrieges vorzubereiten, unter Strafe zu stellen. Eine derartige Handlung kann auch ein Kommunikationsvorgang sein.<sup>1207</sup> Dieser kann auch von dem hier in Rede stehenden Gedankengut getragen sein. Wegen Art. 26 Abs. 1 S. 2 GG ist der Staat jedoch nur verpflichtet, die dort beschriebenen friedensge- fährdenden Handlungen allgemein unter Strafe zu stellen. Auf einen bestimmten ge- danklich-ideologischen Hintergrund der störenden Kommunikation kommt es nicht an.<sup>1208</sup> Andere Verfassungsvorschriften, die ausdrücklich eine Pönalisierung von natio- nalsozialistischen Inhalten fordern, bestehen nicht.

<sup>1204</sup> BGHSt 40, 97 (100) – zur sog. „qualifizierten Auschwitzlüge“ vor Inkrafttreten des Abs. 3.

<sup>1205</sup> BGHSt a.a.O., 97 (103f.)

<sup>1206</sup> Insbesondere durch die oben, IV. *Stimulierung gesellschaftlicher Selbststeuerung durch Locke- rung von Inhaltsbindungen*, S. 224, beschriebene gesellschaftliche diskursive Selbststeuerung.

<sup>1207</sup> Vgl. nur § 80a StGB; Maunz/Dürig/Herzog- Maunz, Art. 26 Rn. 20: „Stimmungsmache gegen einen ausländischen Staat, Kriegshetze“.

<sup>1208</sup> Dies zeigt sich auch in den zur Umsetzung des Art. 26 Abs. 1 S. 2 GG ergangenen §§ 80 und 80a StGB. Dazu SK- Rudolphi, 5. Aufl., 1996, § 80 Rn. 1 ff.

bb. Keine verfassungsrechtliche Pönalisierungsverpflichtung aus Schutzpflichten und „Untermaßverbot“

Strafnormen, die die Kommunikation nationalsozialistischen Gedankenguts verbieten, bezwecken den Schutz des öffentlichen Friedens<sup>1209</sup>, des demokratischen Rechtsstaats<sup>1210</sup> und der persönlichen Ehre<sup>1211</sup> vor privatem schädigendem Tun. An der grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Verpflichtung des Staates insgesamt zum Schutz der objektiven, strukturellen Prinzipien der Demokratie und des Rechtsstaats ergeben sich keine Zweifel. Auch die individualrechtlichen Gehalte der Grundrechte können nach heute ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und überwiegender Auffassung im Schrifttum<sup>1212</sup> in ihrer objektivrechtlichen Dimension den Staat zu aktiven Schutzmaßnahmen<sup>1213</sup> verpflichten, auch wenn sie durch privates Handeln gefährdet werden.<sup>1214</sup>

Zweifelhaft ist aber, ob damit auch eine Verpflichtung zur Wahl des Strafrechts als Mittel zur Erreichung des Schutzzwecks vorgeschrieben ist.

Zumindest, wenn die Beeinträchtigung von grundrechtlichen Schutzgehalten in Rede steht, kann der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durch das „Untermaßverbot“ zum Einsatz des Strafrechts verpflichtet sein.<sup>1215</sup> Daraus könnte sich eine verfassungsrechtliche Verpflichtung zum Erhalt derjenigen Strafnormen ergeben, die dem Schutz der grundrechtlich durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten persönlichen Ehre vor der Kommunikation nationalsozialistischen Gedankengutes dienen (§§ 185 ff. StGB). Nicht direkt können aber dadurch solche Strafbewehrungen geboten sein, die nicht Grundrechte, sondern den öffentlichen Frieden oder den demokratischen Rechtsstaat schützen (§§ 86f., 130 StGB). Diesbezüglich binden den Staat keine *grundrechtlichen* Schutzpflichten, aus denen das „Untermaßverbot“ abgeleitet wird.<sup>1216</sup>

<sup>1209</sup> Für § 130 Abs. 1 und 3 Schönke/Schröder-Lenckner, § 130 Rn. 1a; SK-Rudolphi, § 130 Rn. 1a; Tröndle-Fischer-Fischer, § 130 Rn. 1a jew. mwN. Umstritten ist, ob Schutzgut des § 130 StGB auch die Menschenwürde ist. Dies wird für § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB angenommen etwa von SK-Rudolphi, a.a.O.; für Abs. 1 insgesamt Tröndle-Fischer-Fischer, a.a.O. Für § 86 a der „politische Friede“, SK-Rudolphi, a.a.O., § 86 a Rn. 1; Tröndle-Fischer-Fischer, a.a.O., § 86 a Rn. 1.

<sup>1210</sup> Für § 86 a Tröndle-Fischer-Fischer, a.a.O., § 86 a Rn. 1. Für § 86 StGB in Form der freiheitlich-demokratischen Grundordnung und dem Gedanken der Völkerverständigung, Schönke/Schröder-Lenckner, a.a.O., § 86 Rn. 5; Tröndle-Fischer-Fischer, a.a.O., § 86 Rn. 3f.; SK-Rudolphi, a.a.O., § 86 Rn. 1.

<sup>1211</sup> So für §§ 185 ff. Vgl. nur SK-Rudolphi, vor § 185 Rn. 1-5b mzwN.

<sup>1212</sup> Vgl. dazu BVerfGE 39, 1 (40ff.); E 49, 89 (142); *Insensee*, a.a.O. (FN 781) Rn. 80ff. mwN; *Hesse*, a.a.O. (544f.).

<sup>1213</sup> *Hesse, Konrad*, a.a.O. (FN 781), S. 543.

<sup>1214</sup> Die Eingriffsschwelle ist strittig. Sehr weitgehend *Isensee, Josef*, a.a.O. Rn. 97, der für die private Gefährdung den Maßstab der polizeirechtlichen Gefahrenschwelle ausreichen lassen will. Dagegen *Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin, 1996, S. 76ff.

<sup>1215</sup> BVerfGE 88, 203 (254, 257).

<sup>1216</sup> Vgl. der Bezug in BVerfGE 88, 203 (254) auf *Isensee, Josef*, a.a.O., Rn. 165: „Die Schutzpflicht richtet dem Gestaltungsermessen ein Untermaßverbot auf, daß dem Übermaßverbot des Abwehrrechts korreliert.“ Deshalb eine eigenständige Bedeutung des „Untermaßverbotes“ bezweifelnd *Hain, Karl-Eberhard*, DVBl. 1993, 982.

Ob der Gedanke eines „Untermaßverbotes“ aber auch auf Anforderungen zum Schutz nicht grundrechtlicher, sondern staatsstruktureller Schutzobjekte ausgeweitet werden muß, kann hier dahinstehen. Denn jedenfalls setzt jede Verpflichtung des Staates zur Verwendung des Strafrechts voraus, daß damit ein wirksamerer Schutz der gefährdeten Werte und Rechtsgüter als durch jede andere staatliche Aktivität erreicht werden kann. Blicke nämlich die Strafbewehrung eines Verhaltens unwirksam<sup>1217</sup> oder könnte durch andere Mittel ein gleichwertiger Schutz erzielt werden, wäre der Gesetzgeber an einem Einsatz des Strafrechts wegen dessen „ultima ratio“-Funktion gehindert, die sich aus dem besonderen Eingriffscharakter des Strafrechts ergibt.<sup>1218</sup> Um so weniger kann er in diesem Fall zur Verwendung des Strafrechts verpflichtet sein.

Die wegen der technologischen Besonderheiten der Kommunikation digitaler Inhalte stark herabgesetzte Durchsetzbarkeit auch strafrechtlicher Inhaltsbindungen<sup>1219</sup> führt zu einer erheblichen Minderung der Wirksamkeit dieser Vorschriften.<sup>1220</sup> Gerade im Hinblick auf digitale Kommunikationsinhalte, die aufgrund anderer verfassungsrechtlicher Wertentscheidungen in anderen Ländern nicht verboten sind, mindert deren zunehmend erwartbare Direktzuspielung aus dem Ausland die Wirksamkeit strafrechtlicher Verbote.<sup>1221</sup> Dies trifft auch auf Inhalte nationalsozialistischen Gedankenguts zu. Wirksam verhindert wird deren Kommunikation weniger durch die strafrechtliche Bedrohung des Anbieters als durch den umfangreichen Einsatz technischer Schutzmaßnahmen durch den Empfänger. Um möglichst viele Empfänger zu deren Einsatz zu veranlassen, müssen diese von der Schädlichkeit nationalsozialistischer Inhalte überzeugt werden. Für den dazu notwendigen Überzeugungsprozeß haben entsprechende Strafdrohungen eher negative Wirkung.<sup>1222</sup> Zur Aufrechterhaltung in ihrer Wirksamkeit abnehmender und zusätzlich die Herausbildung potentiell wirksameren Schutzes hemmender Strafvorschriften wird der Staat von der Verfassung nicht verpflichtet.

1217 Dabei sind – wie bei allen rechtlichen Verhaltensgeboten – sowohl repressive als auch präventive Effekte zu berücksichtigen, vgl. BVerfGE 88, 203 (253).

1218 Das Strafrecht ist nicht das primäre Mittel rechtlichen Schutzes, schon wegen seines am stärksten eingreifenden Charakters. Es wird vielmehr als „ultima ratio“ dieses Schutzes eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist, vgl. BVerfGE 88, 203 (258); Das Strafrecht ist die letzte unter allen in Betracht kommenden Schutzmaßnahmen, d.h. es darf nur dann eingesetzt werden, wenn andere Mittel der sozialen Problemlösung versagen, vgl. *Roxin, Claus*, (FN 56) § 2, Rn. 38.

1219 Vgl. oben 4. Kapitel: *Fehlende Durchsetzbarkeit staatlicher Regulierung der Kommunikation digitaler Inhalte*, S. 162.

1220 Dies gilt auch dann, wenn die oben beschriebenen Schwierigkeiten der Anwendbarkeit bestehender Strafvorschriften – vgl. III. *Übertragbarkeit der Regeln auf die Kommunikation digitaler Inhalte*, S. 66 – durch eine Neufassung der Tatbestände überwunden werden können.

1221 Vgl. oben 3. Kapitel: S. 147.

1222 Dazu ausführlich oben IV. *Stimulierung gesellschaftlicher Selbststeuerung durch Lockerung von Inhaltsbindungen*, S. 224.

**c. Ergebnis**

Der deutsche Gesetzgeber ist verfassungsrechtlich nicht verpflichtet, strafrechtliche Inhaltsbindungen aufrechtzuerhalten, wenn und soweit der durch sie gewährte Rechtsgüterschutz zunehmend unwirksam wird und ihr Fortbestehen zusätzlich die Herausbildung potentiell wirksamerer Schutzalternativen hemmt. Dies ist etwa bei Strafnormen der Fall, die die digitale Kommunikation nationalsozialistischer Inhalte pönalisieren.