

1. Kein Unterschied zwischen den Inhalten herkömmlicher und neuer Kommunikationsformen

Alle Formen durch das bestehende Inhaltskontrollrecht betroffener Inhalte kommen auch in den neuen Kommunikationsformen vor, soweit sie digitalisiert und telekommunikativ verbreitet werden können. Ihr Anteil am Gesamtaufkommen der etwa im Internet stattfindenden Kommunikation ist kaum zu schätzen. Trotz Fehlens verlässlicher Statistiken kann davon ausgegangen werden, daß der Anteil in Deutschland rechtswidriger Daten am Gesamtangebot etwa im Internet einen „verschwindend geringen Bruchteil“ ausmacht²⁶⁴. In absoluten Zahlen mag man aber durchaus die „kritische Schwelle“ überschritten sehen: Geht man allein für den Internet-Dienst WWW von 350 Millionen Webseiten aus, entspräche ein verschiedentlich genannter Anteil rechtswidriger Inhalte von 0,3 – 1 % zwischen 1 und 3,5 Millionen rechtswidriger Webseiten. Auch in vielen Gruppen des *news*-Dienstes tauchen immer wieder rechtswidrige Nachrichten auf. Dabei konzentriert sich die öffentliche Wahrnehmung auf bestimmte Arten von Rechtsverstößen: Thematisiert werden zumeist pornographische und nationalsozialistische Inhalte, wettbewerbswidrige kommerzielle Angebote und Urheberrechtsverletzungen. Über das Ausmaß rechtswidriger Behandlung vertraulicher Inhalte, etwa Datenschutzverstöße oder rechtswidrige Abhörmaßnahmen, gibt es kaum zuverlässige Angaben.

Betrachtet man den häufig grenzüberschreitenden Charakter digitaler Kommunikation, ist zu erwarten, daß Verstöße gegen Inhaltskontrollvorschriften stärker als in den herkömmlichen Medien von Inhalten ausgehen können, die vom Ausland aus kommuniziert werden. Für diese Erwartung spricht einerseits, daß angesichts der Unterschiede in den nationalen Inhaltskontrollordnungen hierzulande rechtswidrige Inhalte im Ursprungsland erlaubt sein können. Die Verbreitung nationalsozialistischer Gedankengutes etwa ist in Deutschland in besonderem Maße mit Strafe bedroht, während in den USA keine vergleichbare Inkriminierung dieser Inhalte besteht, sondern diese vielmehr als „*political speech*“ besonderen Schutz des *First Amendment* genießen. Andererseits sind nationale Inhaltsbindungen im Ausland schwieriger durchzusetzen. Dieses Problem soll gesondert betrachtet werden.²⁶⁵

2. Übertragbarkeit bestehender Regeln auf die veränderte Struktur digitaler Kommunikation

Schon bei der Analyse des bisherigen Systems staatlicher Inhaltskontrolle hat sich gezeigt, daß nicht jede Art unerwünschter Inhalte auch in jeder Kommunikationsform in gleicher Weise reguliert ist. Nicht nur Sonderbindungen klassischer Massenmedien

²⁶⁴ Vgl. Sieber, CR 1997, 581 (587).

²⁶⁵ Siehe 3. Kapitel, S. 146..

(Presse und Rundfunk), sowie des Amtateurfunks, sind auf ihre jeweiligen Medienformen beschränkt. Auch im Rahmen der allgemeinen Inhaltskontrollbestimmungen war festzustellen, daß bestimmte Bindungen des Jugendschutzrechts oder die strafrechtlichen „Schriftendelikte“ nur verkörperte Inhalte erfassen. Andere Vorschriften stellen darauf ab, ob eine Kommunikation an die Öffentlichkeit vorliegt. Die Strukturanalyse der Kommunikation digitaler Inhalte hat dagegen ergeben, daß deren typische Kommunikationsvorgänge Elemente körperlicher und unkörperlicher Verbreitung kombinieren. Ihre Öffentlichkeit hängt nicht mehr von technologischen Bedingungen ab, aus denen sich Regulierungskategorien herleiten lassen, sondern steht im Belieben des Anbieters digitaler Inhalte.

Ausgehend von diesen Ergebnissen soll nun geprüft werden, inwieweit die hier betrachteten Inhaltskontrollbestimmungen auf die Struktur der Kommunikation digitaler Inhalte²⁶⁶ übertragen werden können. Dies setzt voraus, daß typische digitale Kommunikationsvorgänge entweder bereits unter die bestehenden Vorschriften subsumiert werden können oder aber diese verfassungsgemäß zu erweitern sind. Bisher hat der Gesetzgeber mehr Anwendungsfragen aufgeworfen als beantwortet.

a. Urheberrecht

Die Übertragung urheberrechtlichen Schutzes auf digitale Inhalte setzt deren Subsumtion unter den Werkbegriff²⁶⁷ des Urheberrechts voraus. Digitale Spielfilme und Musikstücke sind unproblematisch § 2 Abs. 1 Nrn. 6, 2 UrhG zuordnen. Bereits der Werkcharakter einer WWW-Seite ist jedoch umstritten, weil letztlich keine Kategorie des § 2 Abs. 1 UrhG sie voll erfassen kann²⁶⁸. Daran ändert auch die durch Art. 7 IuKDG in das Urhebergesetz eingefügte Umsetzung der europäischen Datenbankrichtlinie nichts, weil der urheberrechtliche Schutz von Datenbanken nur an die Sammlung, Auslese und Anordnung der Einzelelemente anknüpft und nicht an deren Inhalte selbst.²⁶⁹ Dies hindert jedoch letztlich nicht die Übertragung urheberrechtlichen Schut-

²⁶⁶ Vgl. I. Die Strukturmerkmale digitaler Kommunikationsformen, S. 47.

²⁶⁷ Nur Werke iSd § 2 UrhG genießen Urheberrechtsschutz, vgl. Fromm/Nordemann-Nordemann/Vinck, § 2 Rn. 1.

²⁶⁸ Vorgeschlagen werden Filmwerk (§ 2 I Nr. 6 UrhG) und Computerprogramm (§§ 2 I Nr. 1, 69a UrhG). Vgl. zum Ganzen Hoeren, Thomas, CR 94, 390; Koch, Frank A., GRUR 1995, 459; ders., Grundlagen des Urheberrechtsschutzes im Internet und in Online-Diensten, GRUR 1997, 417 (418ff.); Loewenheim, Ulrich, GRUR 1996, 830. Einen hervorragenden Überblick bietet Bechtold, Stefan, Multimedia und das Urheberrecht, Seminararbeit abrufbar unter <http://www.jura.uni-tuebingen.de/student/stefan.bechtold/sem97/>; teilweise veröffentlicht in GRUR 1998, 18ff.

²⁶⁹ Dazu Koch, GRUR 1995, 459 (463); Schricker, Gerhard / Dreier, Thomas / Katzenberger, Paul / v. Lewinski, Silke, Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, S. 37. Noch weniger wird derartigen Werke inhaltlich das neue Leistungsschutzrecht der Datenbankanstellung, §§ 87a ff. UrhG gerecht. Für reine Verweisangebote (Linksammlungen) kommt allerdings ein Schutz als Datenbank in Betracht, vgl. LG Köln, Beschluss vom 12.05.98 (Az.: 28 O 216/98),

zes auf derartige „Multimedia-Werke“, da die Aufzählung des § 2 UrhG nicht abschließend ist. Werke im Sinne des Urhebergesetzes brauchen nicht verkörpert zu sein, nicht einmal eine bestimmte Festlegung, sondern nur irgendeine Ausdrucksform gefunden zu haben²⁷⁰. Zu beachten ist allerdings, daß für den Werkbegriff eine persönliche geistige Schöpfung verlangt wird (§ 2 Abs. 2 UrhG). So weit also digitale Inhalte rein maschinell generiert sind, fehlt ihnen der Werkcharakter. Außerdem besitzen bloße Werkteile dann keinen eigenen Werkcharakter, wenn sie nicht für sich allein als persönliche geistige Schöpfung anzusehen sind. Werden also lediglich Wörter, Zahlen oder Bits eines digitalen Werkes isoliert und im Wege der Kommunikation genutzt, also etwa vervielfältigt (§§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 UrhG) oder öffentlich wiedergegeben (§§ 15 Abs. 2 UrhG), genießen diese Kommunikationsinhalte keinen urheberrechtlichen Schutz. So ist etwa anerkannt, daß die Verwendung einzelner Klänge aus Musikstücken und deren Rekombination im Wege des sogenannten „digitalen Sound-Sampling“ nicht urheberrechtswidrig ist.²⁷¹ Digitale Inhalte werden häufig in Form der Paketvermittlung kommuniziert. Dabei werden sie im Absenderrechner in Dateneinheiten von etwa 1500 Bit zerteilt und dann über ggf. unterschiedliche Übertragungswege zum Ziel geschickt. Soweit dieser Vorgang im urheberrechtlichen Schrifttum problematisiert wird, wird er als unbeachtlich angesehen, weil durch das bloß vorübergehende Zerlegen und Wiedersammensetzen die Werkgestalt der Zielkopie nicht verändert werde.²⁷² Dies gilt aber nur, wenn die Datenpakete tatsächlich Teile des später zusammengesetzten Werkes sind, nicht aber, wenn – was technisch problemlos möglich ist – die Zielkopie aus ungeschützten Teilen, etwa Wörtern, Buchstaben oder Bits, verschiedener Werke zusammengestellt wird. In diesem Fall wäre eine Kopie entstanden, ohne daß das Werk selbst je vervielfältigt worden wäre. Diese „Kopie“ hätte keinen Werkcharakter.

Um den Urheber digitaler Inhalte vollständig zu schützen, sollen alle Nutzungsvorgänge, bei denen Kopien des Inhalts anfallen, etwa *upload*, *download* und die adressierte Inhaltsübermittlung²⁷³ körperliche Vervielfältigungen sein²⁷⁴. Damit wird zwar dem Umstand Rechnung getragen, daß bei diesen Vorgängen grundsätzlich eine voll nutzbare Inhaltskopie beim Empfänger zurückbleibt²⁷⁵. Dennoch ergeben sich Zweifel an einer so weiten Ausdehnung des Vervielfältigungsbegriffs. Zunächst hat das Vervielfälti-

²⁷⁰ <http://www.afs-rechtsanwaelte.de/urteile45.htm>. Dem Antragsgegner wurde es untersagt, die Hyperlinksammlung des Antragstellers in seine Webseiten zu kopieren.

²⁷¹ Fromm/Nordemann-Nordemann/Vinck, a.a.O., Rn. 27.

²⁷² A.a.O., Rn. 26.

²⁷³ Koch, GRUR 1997, 417 (425).

²⁷⁴ Dazu oben b. *Typische Vorgänge digitaler Kommunikation*, S. 55.

²⁷⁵ Vgl. Schricker-Loewenheim, § 16, Rn. 22; auch vom Nutzer unbeeinflusste technisch bedingt Kopien im Arbeitsspeicher oder auf der Festplatte, sollen Vervielfältigungen im Sinne des UrhG sein, Schricker/Dreier/Katzenberger/v. Lewinski (FN 269), S. 123; Ginsberg, Jane C., 95 Colum. L. R. 1466 (1995); Schricker-Loewenheim, § 16, Rn. 19 mwN; Waldenberger, ZUM 1997, 176; A.A. Hoeren, Thomas, GRUR 88, 340.

²⁷⁶ Vgl. oben aa. *Die Kombination von Elementen körperlicher und unkörperlicher Inhaltsweitergabe als Strukturmerkmal der neuen Formen digitaler Kommunikation*, S. 56.

gungsrecht eigentlich keinen Kommunikationsbezug. Es will die unberechtigte Herstellung von Werkstücken verhindern, nicht deren Weitergabe. Dafür steht dem Urheber im Bereich der körperlichen Verwertungsrechte das Verbreitungsrecht zu. Die Anwendung des Vervielfältigungsrechts paßt eigentlich nicht auf die Herstellung einer Werkkopie durch Kommunikation.

Es fällt bereits begrifflich schwer, unkörperliche Versendungen oder Abrufe als körperliche Werknutzungen zu begreifen²⁷⁶. Auch das Urheberrecht geht bisher davon aus, daß die Übermittlung als unkörperliche Nutzung und die ggf. auf sie folgende Verkörperung durch Speicherung auf einen der Verkehrsfähigkeit dieses Inhalts dienenden Inhaltsträger getrennt zu behandeln sind, vgl. etwa §§ 16 Abs. 2, 54 UrhG. Diese Sichtweise zeigt sich auch darin, daß für den *upload* von Inhalten in Art. 8 WIPO-Copyright-Treaty (WCT) von 1996²⁷⁷ ein unkörperliches Verwertungsrecht der öffentlichen Wiedergabe geschaffen wurde. Ein und derselbe Vorgang kann aber nicht gleichzeitig eine körperliche und eine unkörperliche Nutzung darstellen. Dies ergibt sich auch aus den unterschiedlichen Einschränkungen des Urheberrechts. Der *upload* eines rechtmäßig erworbenen Werkes auf einen öffentlichen, kostenlos zugänglichen *server* ist als öffentliche Wiedergabe gemäß § 52 UrhG (evtl. gegen Vergütung) zulässig²⁷⁸, als Vervielfältigung gemäß § 53 UrhG aber regelmäßig nicht.

Der *upload* von digitalen Inhalten ist danach strukturell eine unkörperliche öffentliche Wiedergabe und keine Vervielfältigung. Der geltende § 15 Abs. 2 UrhG kann den *upload*-Vorgang allerdings nicht erfassen. Denn § 15 Abs. 3 UrhG verlangt derzeit nicht nur, daß die Wiedergabe *gleichzeitig* eine Mehrzahl von Personen erreicht²⁷⁹, sondern vor allem, daß die Wiedergabe überhaupt für eine Mehrzahl von Personen bestimmt ist, durch sie selbst also der Inhalt vielen wahrnehmbar wird. Dies ist beides beim *upload* jedoch nicht der Fall, der eine individuelle *point-to-point*-Übertragung zu einem *server* darstellt. Für andere wahrnehmbar wird der hochgeladene Inhalt erst durch ein Herun-

²⁷⁶ Vgl. a. Verkörperung von Inhalten als Differenzierungskriterium des Inhaltskontrollrechts, S. 31.

²⁷⁷ WIPO-Dokument CRNR/DC/89 v. 20.12.1996. Art. 8 (*Right of Communication to the Public*) legt fest, daß Urheber das ausschließliche Recht haben, „die öffentliche Wiedergabe ihrer Werke mit oder ohne Draht zu gestatten, einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung ihrer Werke in der Weise, daß Angehörige der Öffentlichkeit an einem von diesen individuell gewählten Ort und zu einer von diesen individuell gewählten Zeit Zugang zu diesen Werken haben.“ Der Vertrag ist von Deutschland noch nicht ratifiziert und auch insgesamt noch nicht in Kraft getreten. Zur Umsetzung besteht allerdings schon ein (inzwischen geänderter) Richtlinienentwurf der Europäischen Kommission (KOM(1999) 250 endg., ABl. v. 25.6.1999, C 180/6), in neuester Version abrufbar unter http://europa.eu.int/eur-lex/de/dat/1999/c_180/c_18019990625de00060014.pdf, der in Art. 3 RL eine fast wortgleiche Regelung enthält.

²⁷⁸ Gegen den Wortlaut wollen *Schricker / Dreier / Katzenberger / v. Lewinski* (FN 269), S. 216, § 52 UrhG unangewendet lassen.

²⁷⁹ *Schricker-v. Ungern-Sternberg*, § 15 Rn. 24 mwN. Dagegen wird eingewandt, daß diese Auslegung von § 15 Abs. 3 UrhG nicht erzwungen werde. Einige wollen daher die Vorschrift erweiternd auslegen, vgl. *Katzenberger, Paul*, AfP 1997, 434 (437), *Müller-Hengstenberg, Klaus D.*, NJW 1996, 1777 (1179), *Waldenberger*, ZUM 97 176 (179), andere sie auf das Recht der öffentlichen Wiedergabe nicht anwenden, *Schricker-v. Ungern-Sternberg*, § 15 Rn. 27f.

terladen (*download*). Aus diesem Grund sollen nach einem „Diskussionsentwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes“ vom 7. Juli 1998²⁸⁰ § 15 Abs. 2 und 3 folgende Fassung erhalten:

„(2) Der Urheber hat ferner das ausschließliche Recht, sein Werk in unkörperlicher Form öffentlich wiederzugeben (Recht der öffentlichen Wiedergabe). Ein Werk wird öffentlich wiedergegeben, wenn es für eine Mehrzahl von Angehörigen der Öffentlichkeit zugänglich oder gleichzeitig wahrnehmbar gemacht wird oder aufgrund eines an die Öffentlichkeit gerichteten Angebotes für einen einzelnen Angehörigen der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird. Das Recht der öffentlichen Wiedergabe umfaßt insbesondere [...]

(3) Zur Öffentlichkeit gehört jeder, der nicht mit demjenigen, der das Werk verwertet, oder mit den anderen Personen, denen das Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen verbunden ist.“

Den *upload* an eine *mailing list* erfaßt allerdings auch die vorgeschlagene Neufassung nicht, weil es sich dabei nicht um ein Zugänglichmachen handelt. Der *mail exploder* stellt in der Regel sofort und an eine bestimmte Adresse jedes Listenmitglieds zu, ohne daß ein Abruf stattfindet.

Auch die Qualifizierung des *downloads* als Vervielfältigung ist nicht systemkonform. Sofern das Herunterladen sich im bloßen Betrachten, bzw. Durchsuchen von Inhalten etwa im WWW (dem sogenannten *Browsing*) erschöpft, ist schon fraglich, ob überhaupt eine relevante Nutzung vorliegt. Zwar entstehen auch dabei automatische, kurzzeitige Speicherungen der abgerufenen Inhalte im Arbeitsspeicher oder im Festplatten-*Cache*²⁸¹; diese dienen aber regelmäßig nur dem erleichterten Hin- und Herschalten zwischen bereits betrachteten Inhalten und werden regelmäßig in kurzen Abständen automatisch gelöscht. Aber auch dann, wenn ein Inhalt zur weiteren Verwendung heruntergeladen wird, paßt das Vervielfältigungsrecht nicht: Wer etwa ein Musikstück von einem *WWW-server* herunterlädt, dieses anschließend auf CD preßt und die entsprechende Datei von seiner Festplatte löscht, steht genauso, wie wenn er die CD körperlich erworben hätte.²⁸² Dann könnte er diese jedoch gemäß § 17 Abs. 2 UrhG weitergeben, was er jedoch bei Annahme einer Vervielfältigung nicht könnte²⁸³. Zudem trüge bei

²⁸⁰ Abrufbar unter http://www.bmj.bund.de/misc/urh_98.htm. Damit soll gleichzeitig die in FN 277 genannte EG-Richtlinie umgesetzt werden.

²⁸¹ Daher auch hierbei Vervielfältigung annehmend Schricker-Loewenheim, § 16, Rn. 19. Für eine einschränkende Auslegung des Vervielfältigungsbegriffes dabei Katzenberger, GRUR 90, 94 (95) mwN.

²⁸² Deshalb hält eine starke Meinung im Schrifttum § 17 UrhG wegen der Parallelen des Online-Abrufs und des Kaufs etwa einer CD oder Videokassette für anwendbar, vgl. Katzenberger AfP 1997, 434 (437); Becker, Jürgen, ZUM 1995, 231 (245); EG-Kommission, Grünbuch, KOM (95) 382 endg., S. 58. So auch zur nicht völlig vergleichbaren US-Rechtslage US D.C. M.D. Fla., *Playboy v. Frena*, 839 F.Supp. 1552 (1993). Aus einer Übertragung des § 17 UrhG auf On-line-Inhalte würden sich aber Rechtsfolgen ergeben, die für die unkörperliche Digitalkommunikation völlig ungeeignet sind (etwa ein Verbotsrecht von Tonträgerherstellern nach § 85 Abs. 1 UrhG).

²⁸³ Die Anwendung des § 17 Abs. 2 UrhG (Erschöpfung) wird von der h.M. im Schrifttum entweder schon als auf das Verbreitungsrecht beschränkte Einschränkung des Urheberrechts gesehen, vgl.

dieser Sichtweise auch der gutgläubige Nutzer immer das Risiko unerkenntlich urheberrechtswidrig zum Abruf bereitgehaltener Inhalte. Dies widerspricht aber dem Gedanken des Urheberrechts, das die von einem anderen als dem Besitzer des Ausgangsstücks hergestellte Kopie nur dann regelt, wenn sie im Wege der Aufnahme einer Funksendung erfolgt (§ 54 UrhG). Beim *download* handelt es sich jedoch wegen seines stark individualkommunikativen Charakters nach ganz herrschender Auffassung nicht um die Aufzeichnung einer Funksendung²⁸⁴.

Die Einzelübermittlung eines Werkes, etwa mittels *e-mail*, wird teils als Vervielfältigung²⁸⁵, teils als Verbreitung²⁸⁶ angesehen. Die Annahme einer Verbreitung wird weit- hin abgelehnt, weil bei der online-Kommunikation keine körperlichen Werkstücke ver- breitet werden²⁸⁷. Verbreitung setzt außerdem ein Angebot an die Öffentlichkeit oder ein öffentliches Inverkehrbringen voraus²⁸⁸, bei dem ein „Heraustreten“ des Anbieters an die Öffentlichkeit vorliegt²⁸⁹. Zwar reicht auch das Angebot an eine Einzelperson, diese muß jedoch der Öffentlichkeit angehören²⁹⁰. Dies ist beim *e-mail*-Versand gerade nicht gegeben. Der Inhalt wird an eine oder mehrere Personen weitergegeben, deren Adressen dem Absender bekannt sind und daher nicht der Öffentlichkeit angehören.²⁹¹ Gegen die Annahme einer Vervielfältigung spricht auch, daß dem Empfänger die Vor- teile der Erschöpfung (§ 17 Abs. 2 UrhG) genommen werden.

Es ist festzuhalten, daß die Übertragung urheberrechtlicher Bindungen auf die Kommu- nikation digitaler Inhalte entgegen der herrschenden Meinung derzeit nicht ohne weite- res möglich ist. Das urheberrechtliche Schrifttum ist einhellig darum bemüht, jedes mögliche Auftreten einer „Schutzlücke“ zu vermeiden. Die „Absicht des Gesetzgebers“ wird überbetont, „die ausschließlichen Befugnisse des Urhebers so umfassend zu ge- stalten, daß auch neu entstehende Verwertungsformen ohne weiteres seiner Kontrolle

Schricker-v. Ungern-Sternberg, § 15 Rn. 4 mwN, aA BGH 79, 350 (357), oder aber jedenfalls auf Online-Übertragungen generell nicht angewendet, vgl. *Bechtold, Stefan*, Multimedia und das Urheberrecht, Seminararbeit abrufbar unter <http://www.jura.uni-tuebingen.de/student/stefan.bechtold/sem97>, S. 19 mwN.

284 *Schricker / Dreier / Katzenberger / v. Lewinski* (FN 269), 171; *Schwarz, Mathias*, GRUR 1996, 836 (838); *Schricker-v. Ungern-Sternberg*, § 20, Rn. 21. A.A. *Müller-Hengstenberg*, NJW 1996, 1777 (1179); *Spindler, Gerald*, ZUM 1996, 533 (543).

285 So *Schricker-Loewenheim*, § 16 Rn. 22.

286 So *Waldenberger*, ZUM 1997, 176.

287 Vgl. *Schricker-Loewenheim*, § 17 Rn. 5 mwN. Dies muß angesichts der Einhelligkeit, mit der die hM sich über die Körperlichkeitserfordernisse beim Vervielfältigungsrecht hinwegsetzt, überraschen.

288 Vgl. *Schricker-Loewenheim*, § 17 Rn. 7, 12 mwN.

289 Vgl. *Fromm/Nordemann-Nordemann*, § 17 Rn. 2.

290 BGH GRUR 1991, 316 (317).

291 Unklar ist bisher, ob dies auch nach einer evtl. Neufassung des § 15 Abs. 3 UrhG (wie oben) gilt. Soll allerdings die bloße Kenntnis der *e-mail*-Adresse für das sehr vage Merkmal „durch persönliche Beziehungen verbunden“ nicht ausreichen, stellen sich erhebliche Abgrenzungsprobleme im Einzelfall, die wenig zur Rechtssicherheit beitragen.

unterliegen“.²⁹² Trotz § 15 UrhG sei es daher nicht erforderlich, daß eine neue Nutzungsart klar als Werkverwertung in körperlicher oder unkörperlicher Form eingeordnet werden könne, auch Mischformen könnten, „falls sie als dem Urheber vorbehaltene Verwertungshandlungen anzusehen sind“, unter das Urheberrecht fallen.²⁹³ Diese Auffassung birgt Risiken:

Dabei kommen nicht nur Wortlaut und Systematik der bestehenden Regeln zu kurz, sondern es wird auch verkannt, daß jeder „Schutz“ geistigen Eigentums von Meinungen ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit desjenigen sein kann, der fremde Meinungen frei kommunizieren möchte.²⁹⁴ Spiegelbildlich wird die Informationsfreiheit desjenigen betroffen, der sich ungehindert aus – wo und von wem auch immer – technisch allgemein zugänglich gemachten Inhaltsquellen zu informieren begehrt. Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 5 Abs. 1 GG müssen also für jede Erweiterung urheberrechtlicher Anwendungsbereiche neu in ein Verhältnis praktischer Konkordanz gebracht werden. Weder der Gesetzgeber, noch die Rechtslehre oder die Interessengruppen der rechtewahnehmenden Industrie sind befugt, die im Urhebergesetz enthaltenen Schrankenbestimmungen des Art. 5 GG automatisch und unkontrolliert oder gar jenseits des Wortlauts zu erweitern. Vielmehr gelten der Vorbehalt des Gesetzes und das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot.²⁹⁵

Zum zweiten verschließt sich die Urheberrechtslehre weitgehend der Frage, inwiefern *gesetzlicher* Urheberrechtsschutz angesichts der Veränderung von Kommunikationsbeziehungen überhaupt noch notwendig ist.²⁹⁶ Viele Werkschaffende sind heute technisch in der Lage, ihre Werke selbst und unmittelbar an Kunden auf der ganzen Welt zu liefern. Dabei können sie selbst entscheiden, zu welchen Konditionen sie mit Nutzern und Verwendern kontrahieren wollen.²⁹⁷

b. Strafrecht

Zu differenzieren ist bei der Übertragung strafrechtlicher Vorschriften auf digitale Kommunikationsinhalte: Weil diese nicht verkörpert übertragen werden, stellt sich die

²⁹² Vgl. Schricker-v. *Ungern-Sternberg*, § 15 Rn. 24 mit Verweis auf die Gesetzesbegründung.

²⁹³ A.a.O., Rn. 17.

²⁹⁴ Der Grundrechtsschutz erschöpft sich nicht in der Verbreitung eigener Meinungen. Auch die Kommunikation fremder Meinung ist regelmäßig Ausdruck eines eigenen schützenswerten Kommunikationsinteresses des Anbieters, vgl. BK-*Degenhart*, Art. 5, Rn. 131; AK-GG - *Hoffmann-Riem*, Art. 5 Abs. 1 u. 2, Rn. 24.

²⁹⁵ Es sind Zweifel angebracht, ob etwa die von Urheberrechtlern gepriesene Formulierung des Art. 10 Abs. 1 des Schweizer Urheberrechtsgesetzes, „Der Urheber oder die Urheberin hat das ausschließliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird.“, diesen schwierigen Ausgleich leisten könnte, vgl. Schricker-von *Ungern-Sternberg*, § 15 Rn. 17.

²⁹⁶ Vgl. die Nachweise in FN 991.

²⁹⁷ Dazu ausführlicher unten *a. Schutz vor unerwünschter Verwendung kommunizierter digitaler Inhalte*, S. 215.

Frage, ob und gegebenenfalls wie diejenigen Strafrechtsvorschriften auf sie angewandt werden können, die an verkörperte Inhalte (*Schriften* im Sinne des § 11 Abs. 3 StGB) anknüpfen.

Im Rahmen des am 1.7.1997 in Kraft getretenen Informations- und Kommunikationsdienstegesetzes (IuKDG)²⁹⁸ wurde der strafrechtliche *Schriften*begriff modifiziert. Durch die Hinzunahme des Begriffs „Datenspeicher“ in § 11 Abs. 3 StGB²⁹⁹ wurde die bereits in der Rechtsprechung vertretene Auffassung ins Gesetz aufgenommen, wonach auch in der Speicherung von (digitalen) Inhalten auf Datenträger eine Verkörperung dieser Inhalte von ausreichender Dauer zu sehen ist³⁰⁰. Auch nach der Gesetzesänderung kommt eine Anwendung der Begehungsvariante *Verbreiten von Schriften* für digitale Kommunikationsinhalte nicht in Betracht. Selbst wenn nunmehr ein Computerbildschirm oder ein PC-Arbeitsspeicher *Schriften* im Sinne des Strafrechts sind³⁰¹, müssen diese dennoch *verbreitet* werden, um das fragliche Tatbestandsmerkmal zu erfüllen. *Verbreiten* setzt aber die körperliche Übertragung der Schrift, also des Mediums und nicht lediglich des Inhalts, voraus³⁰². Hätte der Gesetzgeber mit der Vorschrift neben CD-ROMs und Magnetbändern³⁰³ auch die Verbreitung der *Inhalte* etwa von Festplatten und Arbeitsspeichern³⁰⁴ *allein* inkriminieren wollen, hätte er § 11 Abs. 3 StGB um die Worte „Inhalte von Datenspeichern“ ergänzen oder den Verbreitungsbegriff modifizieren müssen.³⁰⁵ Die jetzt erfolgte Änderung kann systematisch nur als Auflistung einer weiteren „Konserve“ neben den Ton- und Bildträgern etc. verstanden werden, die wie die anderen körperlich verbreitet werden muß.³⁰⁶ Dafür, daß der Gesetzgeber dieses Problem gesehen hat, spricht auch, daß er § 86 StGB, eine Vorschrift die bisher nur die Tathandlung *verbreiten*, nicht aber *öffentlich zugänglich machen* kannte, um eben diese

298 S.o. FN 10.

299 Art. 4 Nr. 1 IuKDG. Die Vorschrift lautet nunmehr: "...(3) Den Schriften stehen Ton- und Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und andere Darstellungen in denjenigen Vorschriften gleich, die auf diesen Absatz verweisen."

300 So OLG Stuttgart, NStZ 92, 38.

301 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/7385, S. 36.

302 Vgl. Schönke/Schröder-Lenckner, StGB, § 184 Rn. 57 mwN.

303 Vgl. Gesetzesbegründung BT-Drs. 13/7385, S. 36.

304 Vgl. Gesetzesbegründung, a.a.O.

305 Unklar insofern die Gesetzesbegründung, a.a.O.: Einerseits ist „klarzustellen, daß auch Datenspeicher, die ...Inhalte verkörpern, die nur unter Zuhilfenahme technischer Geräte wahrnehmbar werden, den Schriften gleichstehen“. Andererseits wird gesagt, „diese Klarstellung“ erfasse „damit sowohl Inhaltein Datenträgern (Magnetbänder, Festplatten, CD-ROMs u.a.) als auch in elektronischen Arbeitsspeichern..“

306 Die Vermutung von Reinwald, Gerhard, ZUM 1997, 450 (461), durch den neuen Begriff werde also erstmals der Inhalt von den Schrift-Körpern getrennt behandelt und damit das Merkmal der Körperlichkeit verlassen, wird zumindest vom Gesetzeswortlaut nicht gestützt. Streng genommen – und das Strafrecht verlangt wegen Art. 103 II GG eine strenge Interpretation – hat der Gesetzgeber lediglich die Verbreitung von Computerbildschirmen, die illegale Inhalte zeigen, inkriminiert. So aber schon ohne Gesetzesänderung für Btx-Speicher OLG Stuttgart, NStZ 92, 38.

Begehungsform erweitert hat.³⁰⁷ Hätte die Ergänzung des § 11 Abs. 3 StGB schon die Anwendbarkeit der Verbreitungsalternativen der verschiedenen Delikte bewirken sollen, wäre diese weitere Ergänzung unnötig gewesen³⁰⁸. Durch die Ergänzung des Schriftenbegriffs in § 11 Abs. 3 StGB³⁰⁹ wird also keine Erstreckung der Tatbestandsvariante *Verbreiten von Schriften* auf unkörperlich übermittelte digitale Inhalte erreicht³¹⁰.

Fraglich ist dann zunächst, ob durch typische Vorgänge digitaler Kommunikation³¹¹ strafbarer Inhalte die *öffentliche* Begehungsweise verwirklicht werden kann. Im Bereich der Schriftendelikte bleibt außerdem eine Übertragung der Tatbestände denkbar, die ein *Zugänglichmachen an Personen unter 18 Jahren* oder ein *öffentliches Zugänglichmachen* ausreichen lassen.

Die *öffentliche* Begehungsweise³¹² erfordert die Wahrnehmbarkeit der fraglichen Inhalte von größeren nach Vielzahl und Individualität unbestimmten Personenkreisen³¹³. Daraus folgt, daß dann, wenn sich die Verbreitung in der Zustellung eines Inhalts an einen individuellen Partner erschöpft, keine öffentliche Begehung vorliegt und zwar ohne daß es darauf ankommt, ob der Inhalt selbst nichtöffentlich oder öffentlich ist (*e-mail*-Verschickung, Verschickung einer Datei als *e-mail-attachment*). Gleiches gilt auch, wenn der Empfänger dem Versender unbekannt ist, weil Bestimmtheit nur hinsichtlich der Individualität, nicht aber der Identität verlangt wird. An der Öffentlichkeit fehlt es selbst dann, wenn der fragliche Inhalte unzählbar oft, jedoch immer wieder individuell bestimmt versandt wird (*e-mail*-Rundbrief, Zustellung von Inhalten im WWW-Dienst oder von *video-on-demand* als zweiter Schritt des *download*-Vorganges).

Eine öffentliche Begehung kommt jedoch dann in Betracht, wenn sich die Übermittlung nicht in der Zustellung an den Empfänger erschöpft, sondern der Inhalt von dort aus weitervermittelt wird (*e-mail* an eine *mailing list*, *WWW/FTP-upload*, *posting* an eine *newsgroup*³¹⁴). Hier ist jedoch zu differenzieren: Öffentlich ist die Begehung nur, wenn die Wahrnehmung durch die Öffentlichkeit *unmittelbar* erfolgen kann.³¹⁵ Daher ist etwa die Übersendung von Texten an eine Redaktion selbst dann keine öffentliche Begehung,

³⁰⁷ Artikel 4 Nr. 3 IuKDG: „3. In § 86 Abs. 1 werden nach dem Wort "ausführt" die Wörter "oder in Datenspeichern öffentlich zugänglich macht" eingefügt.“

³⁰⁸ So auch *Jofer* (FN 113), S. 168f.

³⁰⁹ Entsprechendes gilt für die Änderung des Schriftenbegriffs im Ordnungswidrigkeitengesetz durch Art. 5 IuKDG.

³¹⁰ I.E. wie hier *Jofer* (FN 113), S. 163ff.

³¹¹ Vgl. oben *b. Typische Vorgänge digitaler Kommunikation*, S. 55.

³¹² Vgl. §§ 80a, 86 a Abs. 1 Nr. 1, 90 Abs. 1, 90a Abs. 1, 90 b Abs. 1, 103 Abs. 2, 111 Abs. 1, 130 Abs. 3, 130a Abs. 2 Nr. 2, 140 Nr. 2, 164 Abs. 1, Abs. 2, 166 Abs. 1, Abs. 2, 185 (vgl. 200), 186, 187, 188 Abs. 1, 189 (Schönke/Schröder-Lenckner, § 200 Rn.1), 219a Abs. 1 StGB.

³¹³ Vgl. Schönke/Schröder-Lenckner, § 186 Rn. 19.

³¹⁴ Zu diesen Kommunikationsvorgängen vgl. oben *b. Typische Vorgänge digitaler Kommunikation*, S. 55.

³¹⁵ Vgl. Schönke/Schröder-Lenckner, a.a.O. mzwN aus der Rspr.

wenn der Text später veröffentlicht wird.³¹⁶ Dies bedeutet auf digitale Inhalte übertragen, daß es an der öffentlichen Begehung jedenfalls dann fehlt, wenn der Inhalt an eine Zwischenstation versandt wird, die redaktionelle und nicht bloß technisch-vervielfältigende Funktionen ausübt. Das *posting* illegaler Inhalte an eine moderierte *newsgroup* und der *upload* eines strafbaren Inhaltes auf einen *WWW-server* eines *providers*, der Inhalte kontrolliert (z.B. *T-Online*) sind somit keine öffentliche Begehung.

Ferner liegt nach der Rechtsprechung dann keine Unmittelbarkeit vor, wenn sich der strafbare Inhalt etwa in einem offenen Umschlag³¹⁷ oder einer ausgelegten Broschüre³¹⁸ befindet und nicht sofort ins Auge springt. Muß also für die Kenntnisnahme noch ein aktives Tun des Kenntnisnehmenden hinzutreten, fehlt es an der Unmittelbarkeit. Danach ist auch das illegale *posting* an unmoderierte *newsgroups* und der unkontrollierte *WWW-upload* strafbarer Inhalte keine öffentliche Begehung, sondern nur das Auslegen einer Broschüre, die vom Nutzer durch den *WWW-* oder *FTP/news-download* gleichsam erst genommen und geöffnet werden muß.

Für die Übermittlung strafbarer Inhalte (*e-mails* und *attachments*) an *mailing lists* und *mail exploder* kommt danach eine öffentliche Begehung dann in Betracht, wenn der Empfängerkreis nicht individuell bestimmt ist, also etwa bei Listen mit ständiger An- und Abmeldemöglichkeit für jedermann.³¹⁹ Hier stellt sich allerdings erneut das „Broschüre“-Problem, weil auch der *e-mail*-Inhalt für die meisten Nutzer nicht sofort, sondern erst nach öffnen („anklicken“) einer Nachricht sichtbar wird. Anders liegt es nur, wenn Inhalte so versandt werden, daß sie nicht auf einem *WWW-* oder *mail server* zum Abruf liegen, sondern durch einen sog. *channel* direkt auf den Bildschirm (*desktop*) des Nutzers „*gepusht*“ werden (*Push*-Dienste im *WWW*, Satelliten-*uplink* oder Zustellung an die Kopfstation eines Fernsehkabelnetzes), wenn dieser sein Empfangsgerät eingeschaltet hat³²⁰.

Die gleichen Maßstäbe gelten im Prinzip auch für strafbare mündliche Äußerungen. Hier fordert die Rechtsprechung allerdings, daß die unbeteiligten Dritten tatsächlich anwesend sind.³²¹ Damit scheinen insgesamt medienvermittelte, also auch telekommunikative Äußerungen auszuschneiden. Es ist, soweit ersichtlich noch nicht vorgeschlagen worden, auf das Erfordernis örtlicher Anwesenheit zu verzichten und eine „zeitliche

³¹⁶ Vgl. Schönke/Schröder-Lenckner, a.a.O. mzwN aus der Rspr.

³¹⁷ RGSt 37, 189.

³¹⁸ KG JR 84, 249; vgl. auch Schönke/Schröder-Lenckner, a.a.O.

³¹⁹ So auch für geschlossene Benutzergruppen Sieber, JZ 1996, 494 (496).

³²⁰ Ein Zwischenphänomen ist die Verschickung von *e-mail* in einem *Local Area Network* (LAN). Dort landet die Nachricht direkt auf der Festplatte des Adressaten, wird aber auf dem Desktop regelmäßig nur als Zeile aus Datum, Absender und Betreff bzw. durch einen Hinweis „Neue Post!“ sichtbar.

³²¹ RGSt 63, 431; RG DR 41, 1838; LG Braunschweig, NJW 53, 875; vgl. auch Schönke/Schröder-Lenckner, a.a.O., Tröndle/Fischer-Fischer, § 111 Rn. 5; LK-Herdeggen, § 111 Rn. 13ff.

Anwesenheit“ ausreichen zu lassen und auch Live-Rundfunk, Live-*push*-Inhalte via Internet und die Kommunikation in *chatrooms*³²² als öffentliche Begehung zu erfassen.

Die öffentliche Begehungsweise von Straftaten durch die telekommunikative Versendung von digitalen Inhalten kommt nach alledem nur dann in Betracht, wenn strafbare Inhalte unmittelbar auf der Darstellungsoberfläche des Nutzers erscheinen, also nur bei sogenannten *push*-Inhalten.

Das nur in einigen Vorschriften³²³ unter Strafe gestellte *öffentliche Zugänglichmachen von Schriften* ist scharf von der deutlich häufiger inkriminierten *öffentlichen* Begehung durch schriftliche Äußerungen³²⁴ zu unterscheiden. Der Wortlaut legt nahe, daß an die Unmittelbarkeit der Kenntnisnahmemöglichkeit des inkriminierten Inhaltes geringere Anforderungen zu stellen sind, so daß hier auch der *upload* eines strafbaren Inhalts auf einen *server* ausreichen könnte. „Zugänglichmachen“ verlangt nach herrschender Meinung, daß - auch wenn der Inhalt nicht seiner Substanz nach in den Herrschaftsbereich von Dritten gelangt – der Öffentlichkeit die Möglichkeit eröffnet wird, von dem Inhalt der Darstellung Kenntnis zu nehmen.³²⁵ Dabei bleibt unklar, wer was zugänglich machen muß. Im systematischen Zusammenhang mit den besonders erwähnten Varianten des Zugänglichmachens (ausstellen, anschlagen, vorführen) zeigt sich, daß sich die Tat handlung auf das Zugänglichmachen der Darstellung, nicht des Inhalts bezieht. Auch die Rechtsprechung geht davon aus, daß der Täter die *Darstellung* selbst so zugänglich macht, daß Dritte dadurch Kenntnis von ihrem *Inhalt* nehmen kann³²⁶. Derjenige, der den strafbaren Inhalt per *FTP / WWW-upload* oder Mail-Verschickung auf einen *server* sendet, macht diesen (Schrift im Sinne des § 11 Abs. 3 StGB ist der *Datenspeicher*, also der *server*!) nicht notwendig selbst zugänglich, sondern der *server*-Betreiber. Damit scheidet der *content provider*, der Inhalte auf fremde *server* auflädt, als Täter eines „Zugänglichmachens“ von Schriften aus³²⁷. Für eine Verantwortlichkeit des *server*-Betreibers, von der wiederum eine mögliche Teilnahmestrafbarkeit des *content provider*

³²² Vgl. FN 245. Hier finden zwar schriftliche Äußerungen statt. Funktionell handelt es sich jedoch um ein offenes Gespräch. *Voice-chats* werden mit der weiteren Verbreitung von Internet-Telephonie ebenso gebräuchlich werden.

³²³ §§ 86 Abs. 1 n.F., 130 Abs. 2 Nr. 1 b), 130a Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 131 Abs. 1 Nr. 2, 184 Abs. 3 Nr. 2 StGB.

³²⁴ S. FN 312, Schönke/Schröder-Lenckner, § 186 Rn. 19.

³²⁵ Vgl. FN 118. Dabei wird die Frage des Begriffs des Zugänglichmachens regelmäßig sehr knapp erörtert, vielfach entsteht der Eindruck, es werde kaum mehr als voneinander abgeschrieben.

³²⁶ Vgl. BGH NJW 1976, 1984 zu § 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB: „Das Tatbestandsmerkmal des Zugänglichmachens erfordert ... nicht, daß dem Kinde oder Jugendlichen die Schrift ... überlassen, oder auch nur in die Hand gegeben, es genügt vielmehr, daß sie ihm gezeigt und damit das Betrachten ermöglicht wird.“

³²⁷ Dem steht auch der Beschluß des OLG Stuttgart v. 27.8.1991 nicht entgegen, das ausführt, „ein ‚Zugänglichmachen‘ liegt auch dann vor, wenn zwar der Datenträger selbst nicht zur Verbreitung bestimmt ist, wohl aber dessen Inhalt im Wege des Btx-Verfahrens.“ Aus der Veröffentlichung in NSTZ 92, 38 ist nicht erkennbar, ob hier der bloße Inhaltsanbieter oder der Serverbetreiber angeklagt war.

abhängt, ist die Haftungsbegrenzung des § 5 Abs. 2 TDG zu beachten³²⁸. Bei „zugepushten“ Inhalten, die direkt auf Bildschirm oder Festplatte des Empfängers landen, kommen weder der *server*-Betreiber noch der *Uploader* als Täter in Betracht, weil beide den Datenspeicher, auf dem sich der Inhalt befindet, nicht zugänglich machen, sondern den Inhalt von diesem weg versenden. Gleiches gilt für den Empfänger selbst, wenn sein Computer nicht gleichzeitig als *server* dient³²⁹. Hierdurch ergibt sich das sicher ungewollte, aber zwingende Ergebnis, daß auch das *Pushen* von Gewaltdarstellungen auf die Festplatten von Teilnehmern eines freiabonnierbaren und daher öffentlichen *Channels* nicht strafbar ist, weil § 131 StGB die öffentliche Begehungsform nicht erfaßt.

Für das *Zugänglichmachen für Personen unter 18 Jahren* ist keine Öffentlichkeit erforderlich, so daß auch hierfür auch ein Zugänglichmachen im Wege individueller Versendung (etwa durch *e-mail*) ausreichen könnte, sofern es sich um eine öffentliche Darstellung (etwa ein auf Datenträger gespeichertes pornographisches Zeitschriftenphoto) handelt³³⁰. Täter kann wiederum nur sein, wer die Darstellung (also den Datenspeicher) zugänglich macht³³¹. Der Anbieter, der *e-mail* versendet, macht aber nicht seine Festplatte oder Diskette zugänglich, sondern versendet den Inhalt auf den *mail server* des Empfängers, der diesen bereichsweise für die Inhaber der entsprechenden *e-mail*-Adresse zugänglich macht. Bei der Anwendung von § 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB auf den *mail server*-Betreiber stellt sich aber das Problem, daß dieser anhand der Mail-Adresse nicht unterscheiden kann, ob er Personen über oder unter 18 Jahren seinen Datenspeicher zugänglich macht. Müßte er deshalb um seiner strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach § 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu entgehen weichpornografische *e-mails*, von denen er gemäß § 5 Abs. 2 TDG rechtmäßig Kenntnis erlangt³³², auch dann löschen, wenn diese sich in den „Briefkästen“ Erwachsener befinden, so wäre deren Informationsfreiheit vollständig auf Kosten des Jugendschutzes auch dort zurückgedrängt, wo dessen Belange gar nicht berührt sind. Eine Lösung in praktischer Konkordanz verlangt daher die Nichtanwendung des § 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB auf solche *e-mails*, die in der Betreffzeile klarstellen, daß es sich um Erwachseneninhalte handelt. Bei einer solchen Kennzeichnung haben Eltern Jugendlicher die Möglichkeit, mittels Software diese *e-mails* zu sperren oder zu löschen und so eine Kenntnisnahme durch Jugendliche zu verhindern. Unterlassen sie dieses oder erlauben sie dem Jugendlichen einen eigenen Rechner mit In-

³²⁸ Vgl. dazu *bb. Haftung nach § 5 Abs. 2 TDG*, S. 115.

³²⁹ Mit Ausnahme harter Pornographie, vgl. § 184 Abs. 5 S. 2 StGB mit Ausnahme § 184 Abs. 6 S. 3 StGB.

³³⁰ Der Darstellungsbegriff des § 11 Abs. 3 StGB umfaßt keine Inhalte, die bestimmungsgemäß nur an einzelne Personen kommuniziert werden, vgl. oben FN 111.

³³¹ Vgl. oben bei FN 326f.

³³² Daran dürfte er regelmäßig durch § 85 TKG gehindert sein, sofern – wie hier vertreten, vgl. FN 520 – diese Vorschrift auch auf Anbieter iSd § 3 TDG anzuwenden ist.

ternetzzugang, so gilt der Rechtsgedanke des § 184 Abs. 6 S. 1 StGB mit der Folge, daß der Versender nicht mehr haftbar gemacht werden kann³³³.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, daß die Übertragung vieler Kerndelikte des Äußerungs- und Kommunikationsstrafrechts auf typische Vorgänge der Kommunikation digitaler Inhalte nicht übertragbar sind. Die Schriftendelikte kommen in ihrer Verbreitungsalternative wegen fehlender Verkörperung nicht in Betracht, ein Zugänglichmachen kann regelmäßig nicht durch denjenigen verwirklicht werden, der Inhalte im Wege des *uploads* auf einen *server* oder der adressierten Versendung durch *e-mail* kommuniziert, sondern allenfalls durch den nach § 5 Abs. 2 TDG privilegierten *server*-Betreiber. Eine öffentliche Begehung verlangt eine unmittelbare Kenntnisnahmemöglichkeit durch die Empfänger, die bei den typischen Vorgängen der Kommunikation digitaler Inhalte fehlt.³³⁴ Auch die Normen, die zur Vorverlagerung der Strafbarkeit auf die Herstellung strafbarer Darstellungen abstellen³³⁵, können nicht übertragen werden, weil durch die regelmäßig unkörperlichen Kommunikationsvorgänge keine Darstellung iSv § 11 Abs. 3 StGB, also kein Datenspeicher, hergestellt wird³³⁶. Nur diejenigen Vorschriften, die eine individuelle Übertragung ausreichen lassen und nicht an die Kommunikation von Darstellungen anknüpfen³³⁷, lassen sich letztlich auf die Kommunikation digitaler Inhalte übertragen.

c. Jugendschutzrecht

Auch beim Jugendschutz stellt sich die Frage, ob und wie die bisherigen Inhaltsbindungen auf digitale Kommunikationsinhalte übertragbar sind. Dazu haben Landes- und Bundesgesetzgeber³³⁸ neue Vorschriften geschaffen.

Die Länderregelung des Jugendschutzes im Mediendiensteinstaatvertrag (§ 8f. MDStV) wurde bewußt dem Rundfunkstaatsvertrag „spiegelbildlich“³³⁹ nachempfunden. Frag-

³³³ Eine Strafbarkeit des Mailserverbetreibers kommt dann noch gemäß §§ 184 Abs. 1 Nr. 2 StGB, 5 Abs. 2 TDG in Betracht, wenn man das „Internet“ als einen „Ort“ bezeichnet, der Personen unter 18 Jahren zugänglich ist.

³³⁴ Erfasst wird nur die weniger relevante Kommunikationsform der *Push*-Dienste; für die ebenfalls weniger relevanten *chatrooms* kann auch an eine Anwendung der „Versammlungsalternative“ gedacht werden (vgl. §§ 80a., 86 a Abs. 1 Nr. 1, 90 Abs. 1, 90a Abs. 1, 90b Abs. 1, 103 Abs. 2, 130 Abs. 3, 130a Abs. 2 Nr. 2, 140 Nr. 2, 185 (vgl. 200), 187, 188 Abs. 1, 189 (Schönke/Schröder-Lenckner, § 200 Rn. 1), 219a Abs. 1 StGB).

³³⁵ Vgl. §§ 86a Abs. 1 Nr. 2, 130 Abs. 2 Nr. 1d), 131 Nr. 4, 184 Abs. 3 Nr. 3 StGB. § 86 Abs. 1 StGB kommt schon nicht in Frage, weil dort nur die Herstellung „zur Verbreitung“ erfasst wird, die bei telekommunikativ verbreiteten Inhalten nicht einschlägig ist.

³³⁶ Vgl. zum Begriff des Herstellens Schönke-Schröder-Lenckner, § 184 Rn. 43; Tröndle-Fischer-Tröndle, § 184 Rn. 26f.

³³⁷ Vgl. §§ 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.

³³⁸ Zu betrachten sind hier insbesondere Art. 6 des Informations- und Kommunikationsdienstegesetz des Bundes, vgl. oben FN 10 und der Mediendiensteinstaatvertrag der Länder, vgl. oben, FN 11.

lich ist bereits, ob sie kompetenzgerecht durch die Länder erlassen werden konnte. Sofern es sich bei medienbezogenen Vorschriften um solche handelt, die – wie der Jugendschutz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG – in kompetenzrechtlich dem Bund zuzuordnenden Rechtsmaterien wurzeln, können die Länder diese nur schaffen, sofern sich ihre Notwendigkeit direkt aus den Eigenarten und Besonderheiten des zu regelnden Mediums ergibt. Insoweit ist der Bund dann an einer Kompetenzausübung gehindert.³⁴⁰ So hat der Bund etwa trotz seiner konkurrierenden Kompetenz für das Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) keine Kompetenz zur Regelung der Rundfunkfinanzierung³⁴¹. Umgekehrt kann der Bund nicht-medienpezifische Fragen innerhalb seiner Kompetenz auch für Sachverhalte regeln, die insgesamt zur Länderkompetenz gehören, etwa die Anwendbarkeit von Strafvorschriften des StGB im Rundfunk³⁴².

Auch für den Jugendschutz im *Rundfunk* ist das Bundesverfassungsgericht - wenngleich ohne nähere Begründung - von einer Länderkompetenz ausgegangen.³⁴³ Dies erklärt sich einerseits aus der seinerzeit³⁴⁴ technologisch-medial besonders herausgehobenen Stellung des Rundfunks als elektronisches Massenmedium von einzigartiger kulturpolitischer Bedeutung³⁴⁵ und andererseits aus der Stellung der Rundfunkkompetenz, die nach dem Bundesverfassungsgericht von besonderer Ausschließlichkeit und Intensität ist und den Ländern einen für sie wesentlichen Bestandteil der „Kulturhoheit“ sichern hilft.³⁴⁶ Diese Situation besteht nicht bei den Mediendiensten³⁴⁷.

Für die Kompetenzgerechtigkeit und damit die Verfassungsmäßigkeit der Jugendschutzregeln des MDStV kommt es mithin nur darauf an, ob diese gerade durch den größeren Sachzusammenhang mit den Mediendiensten und die Eigenarten der zu regelnden *Mediendienste* diktiert sind.³⁴⁸ Selbst eine vergleichbare Problemlage bei den *Telediensten*

339 Vgl. Gesetzesbegründung, S. 10.

340 *Bullinger/Mestmäcker*, Multimediadienste, S. 144.

341 BVerfGE 90, 60 (105), „Die Gesetzgebungskompetenz [der Länder für den Rundfunk] schließt die Kompetenz zur Regelung der Rundfunkfinanzierung ein.“

342 Vgl. §§ 130 Abs. 2 Nr. 2, 131 Abs. 2, 184 Abs. 2 StGB.

343 BVerfGE 57, 295 (326). In BVerfG ZUM 1995, 405 (415ff) erklärt das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf die Übertragung von Jugendschutzkompetenzen im Rundfunk auf die Europäische Gemeinschaft, daß die Regelungen des Jugendschutzes in der Fernsehrichtlinie *nicht* den Kernbereich der Rundfunkhoheit der Länder berühre. Dazu auch *Hartstein/Ring/Kreile, Johannes/Dörr, Dieter/Stettner, Rupert*, RStV, 2. Aufl. 1995, § 32 Rn. 16 FN 40. Die Länderkompetenz auch beim Rundfunk ablehnend *Kresse/Heinze*, ZUM 1995, 394 (396).

344 Die Entscheidung stammt aus dem Jahre 1981.

345 Zur heutigen Lage vgl. unten 2. Kapitel: *Schwindende Berechtigung bisheriger Rundfunkregulierung*, S. 128.

346 BVerfGE 12, 205 (229); *Bullinger, Martin*, AöR 96 (1971), 237 (254).

347 Vgl. zum Unterschied zwischen digitalen Diensten und Rundfunk *ee. Strukturelle Verschiedenheit ausdifferenzierter digitaler Dienste vom Rundfunk*, S. 92.

348 Vgl. zu der Kompetenzverlagerung kraft überwiegendem Sachzusammenhangs *Bullinger / Mestmäcker*, Multimediadienste, S. 139; zwar kein Kompetenzproblem, aber verfassungsrechtlich „erhebliche Bedenken“ sehend *Schulz, Wolfgang*, MMR 1998, 182; aA *Reinwald*, ZUM 1997, 450 (456), der der Auffassung ist, „wer inhaltliche Regelungen bzgl. der Internetangebote

ließe die landesrechtliche Regelung scheitern, weil damit der spezifische Zusammenhang der normierten Verpflichtung mit einer im übrigen landesrechtlich zu regelnden Materie nicht mehr bestünde.³⁴⁹ Tele- und Mediendienste beruhen auf derselben Technologie. Beide Gruppen umfassen Dienste, in denen potentiell jugendgefährdende Inhalte kommuniziert werden können. Die versuchte Abgrenzung zwischen Tele- und Mediendiensten in § 2 TDG / MDStV, wonach Teledienste zur individuellen Nutzung bestimmt und Mediendienste an die Allgemeinheit gerichtet sind, führt in der Praxis zu keiner brauchbaren Unterscheidung, weil viele Dienste beiden Merkmalen entsprechen. Bei aller Verschiedenheit der Nutzungsmöglichkeiten der elektronischen Kommunikation bleibt die Trennung zwischen Tele- und Mediendiensten künstlich, weil sie auf die Trennung von individueller und überindividueller Kommunikation abstellt, die immer weniger möglich ist.³⁵⁰

Auf die mögliche Intention der Gesetzgeber, Kompetenzen an den bei der Vorberatung politisch erzielten Kompromissen auszurichten, kommt es nicht an. Insbesondere ist *Reinwalds*³⁵¹ Auffassung, dem Bund verbleibe im Rahmen der Mediendienste keine Jugendschutzkompetenz, weil „Bund und Länder übereingekommen [sind], daß der Jugendschutz von den Ländern geregelt wird“, nicht zutreffend, weil Bund und Länder keine Verfügungsgewalt über die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung haben.³⁵²

Weil eine mit dem besonderen Wesen der Mediendienste zu begründende Kompetenz kraft Sachzusammenhangs fehlt, bleibt es bezüglich der Kompetenz für den Jugendschutz in Mediendiensten bei der Zuweisung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG. Der Bund hat von seiner Kompetenz durch das GjSM und dessen Erweiterung auf „Medieninhalte“ auch in nach Art. 72 Abs. 2 GG zulässiger Weise Gebrauch gemacht. Die aufgrund angenommener Jugendschutzkompetenz erlassenen §§ 8, 9 Abs. 1 MDStV sind daher verfassungswidrig³⁵³ und nichtig³⁵⁴.

treffen darf [sei] auch für die jugendschutzrechtlichen Einschränkungen der Angebote zuständig“. Die bloße Medieninhaltskompetenz vermag jedoch noch nicht eine Kompetenz der Länder in Bereichen sonst konkurrierender Bundeskompetenz zu begründen.

349 Die in den siebziger Jahren übliche Verweisung aus den Landespressegesetzen auf den Rundfunk auch im Bereich der Presseinhaltsdelikte, vgl. *Jahn*, Die Anwendbarkeit presse- und rundfunkgesetzlicher Straftatbestände auf den Rundfunk und das Bestimmtheitsgebot des Grundgesetzes, Diss. Köln, 1973, 64 ff., also einer als Strafrecht grundsätzlich in Bundeskompetenz stehenden Materie, läßt sich kompetenzrechtlich nur damit rechtfertigen, daß es sich bei Presse und Rundfunk um schwerpunktmäßig landesrechtlich zu regelnde Medien handelt. Die Teledienste, welche Dienste sie auch im einzelnen umfassen mögen, stehen jedoch in Bundeskompetenz.

350 Vgl. oben *bb*. *Die Beliebigkeit von Öffentlichkeit als Strukturmerkmal der neuen Formen digitaler Kommunikation*, S. 59.

351 *Reinwald*, a.a.O.

352 Vgl. nur *Bullinger / Mestmäcker*, Multimediendienste, S. 141 dort FN 407 mit Verweis auf BVerfGE 4, 115 (119).

353 Aufgrund entsprechender Überlegungen für die Querschnittskompetenz des Art. 74 I Nr. 16 GG (Verhinderung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung) dürfte es auch an der Verfassungsmäßigkeit von § 9 Abs. 2 MDStV fehlen.

Die Anpassung des *jugendschutzrechtlichen* Schriftenbegriffs in der Bundesregelung des § 1 Abs. 3 GjSM durch Art. 6 IuKDG wirft ähnliche Probleme wie die des strafrechtlichen Schriftenbegriffes und darüber hinaus noch zusätzliche Unklarheiten auf. Das GjSM erlaubt nun die Listenaufnahme nicht nur von Druckschriften, Abbildungen, Ton- und Bildträger sondern auch von Datenspeichern. Eine solche „Schrift, deren Aufnahme in die Liste bekanntgemacht ist, darf nicht ... 4. durch elektronische Informations- und Kommunikationsdienste verbreitet, bereitgehalten oder sonst zugänglich gemacht werden.“

Mögliche Indizierungsobjekte sind nur körperliche Gegenstände³⁵⁵. Daran hat die Gesetzesergänzung nichts geändert, die neben den bereits genannten als weiteres körperliches Indizierungsobjekt den Datenspeicher nennt. Das gesetzliche Konzept, die Verbreitung von Inhalten durch die Indizierung ihrer physikalischen Träger zu unterbinden, eignet sich nur für diejenigen digitalen Medien, in denen der körperliche Datenträger auch tatsächlich Verbreitungsmittel der Inhalte ist (die CD-ROM wird als solche physikalisch verbreitet). Es eignet sich dagegen nicht für digitale Inhalte, die entweder gar nicht oder telekommunikativ verbreitet werden (wie Inhalte von Arbeitsspeichern und Festplatten). Die Indizierung von Rundfunksendungen und Inhalten im Btx-Dienst sind dementsprechend unzulässig³⁵⁶. Gleiches muß für in Datennetzen kommunizierte digitale Inhalte gelten. Die dennoch vorgenommene Indizierung von einzelnen WWW-Inhalten durch die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften (BPS)³⁵⁷ ist demnach unzulässig. Indiziert werden kann nur der Datenspeicher, auf dem sich der jugendgefährdende Inhalt befindet, also etwa die Festplatte des *server*-Rechners. Dies ist allerdings kaum zu bewerkstelligen, weil dem physikalischen Datenträger (Festplatte) keine sinnvolle Bezeichnung zuzuordnen ist³⁵⁸. Zudem ergeben sich Probleme der Übermäßigkeit von Indizierungen: Betrifft eine Indizierung immer bestimmte Einzelinhalte (Film, Buch, Telespiel), die für sich betrachtet jugendgefährdend sind, so entspricht die Indizierung einer ganzen Festplatte wegen eines jugendgefährdenden Einzelinhalts dagegen der Indizierung einer Bibliothek wegen eines jugendgefährdenden Buches. Bloße „Teilindizierungen“ sieht das Gesetz nicht vor. Sie wären auch wegen des häufigen

354 Dies läßt die Wirksamkeit der gefahrenabwehrrechtlichen Aufgaben- und Befugnisnormen des § 18 MDStV im Hinblick auf die anderen Bestimmungen des Staatsvertrages unberührt.

355 Vgl. BVerwG NJW 1990, 3286 mwN.

356 So auch für Btx und Fernsehsendungen BVerwG 85, 169 (172ff.); VG Köln, NJW 91, 1773; OVG Münster NJW 93, 1494.

357 Entscheidung Nr. 5047 (V) vom 18.10.1996 (Pr. 249/96) hinsichtlich <http://www.webcom.com/ezundel/english/WAHRE/wahrefrei.010.html> und Entscheidung Nr. 5046 (V) vom 17.10.96 (Pr. 245/96) hinsichtlich <http://www.webcom.com/ezundel/english/WAHRE/wahrefrei.011.html>, Bundesanzeiger Nr. 205 vom 31.10.1996, S. 11 812, Bekanntmachung Nr. 10/96 vom 25.10.96, Nrn. 13, 14.

358 Die Seriennummer der Festplatte dürfte der BPS nicht bekannt sein; anhand einer *IP*-Nummer oder eines *domain*-Namen (vgl. zu beidem oben S. 50f.) ist der Datenspeicher nicht identifizierbar, weil sich deren Zuordnung zu einem Datenspeicher laufend ändern kann.

Wechsels von Festplatteninhalten und ihrer Verortung kaum sinnvoll möglich. Etwas Unmögliches will aber das Gesetz nicht verlangen.

Eine Übertragung der Verbreitungsverbote (§§ 3ff.) des GjSM kommt dementsprechend nur dann in Betracht, wenn der Inhalt einer bereits vorher indizierten Darstellung Gegenstand eines Vorgangs digitaler Kommunikation wird, etwa wenn ein indiziertes Computerspiel oder Musikstück auf CD erworben wurde und anschließend auf einem *server* zum Abruf bereitgehalten oder per adressierter Kommunikation (*e-mail-attachment*) einzelnen unkörperlich zugeschickt wird. Bedeutsam sind einerseits § 3 Abs. 1 Nr. 4 GjSM, der lautet:

„Eine Schrift, deren Aufnahme in die Liste bekanntgemacht ist, darf nicht...durch elektronische Informations- und Kommunikationsdienste verbreitet, bereitgehalten oder sonst zugänglich gemacht werden.“

und andererseits § 5 Abs. 2 GjSM, der lautet:

„Eine Schrift, deren Aufnahme in die Liste bekanntgemacht ist, darf nicht öffentlich oder durch Verbreiten von Schriften angeboten, angekündigt oder angepriesen werden.“

In dem geschilderten Fall muß nach dem derzeitigen Gesetzeswortlaut § 3 Abs. 1 Nr. 4 GjSM regelmäßig unanwendbar bleiben, weil keinesfalls die indizierte Darstellung (die CD-ROM !) zugänglich gemacht wird, sondern nur ihr Inhalt, der aber selbst nicht Darstellung im Sinne des § 1 Abs. 3 GjSM ist und folglich nicht indiziert wurde. Das Werbeverbot greift nur dann, wenn tatsächlich für die körperlich vertriebene CD geworben wird, denn nur diese ist indiziert.

Nur dann, wenn tatsächlich ein jugendgefährdende Inhalte enthaltender Datenspeicher indiziert wurde, der für Jugendliche zugänglich gemacht wird, stellt sich das Problem, daß jugendschutzrechtliche Inhaltsregulierung nicht dazu führen darf, daß die indizierten Inhalte auch für Erwachsene nicht mehr zugänglich sind.³⁵⁹ Dies löste sich bisher dadurch, daß die Verbreitung physikalischer Datenträger einen Übergabeakt voraussetzt, bei dessen Gelegenheit ggf. die Minderjährigkeit des Nutzers überprüft werden konnte. Eben solche Möglichkeiten bestehen beim Zugang zu Filmvorführungen, die von § 6 JÖSchG erfaßt werden³⁶⁰. Im Rundfunkjugendschutzrecht konnte eine ausreichend scharfe Trennung jugendlicher und erwachsener Nutzer durch die Sendezeitbegrenzungen (§ 3 Abs. 2-5 RStV) erreicht werden. Bedenken ergeben sich aber, wenn das GjSM nun auch Medien in seinen Geltungsbereich einbeziehen will, in denen eine Trennung nach jugendlichen und erwachsenen Nutzern nicht in solcher Weise möglich ist. Die im Blick darauf³⁶¹ in § 3 Abs. 2 S. 2 GjSM eingefügte Regelung, wonach „Absatz 1 Nr. 4“ nicht gilt, „wenn durch technische Vorkehrungen Vorsorge getroffen ist,

³⁵⁹ In den USA ist dies als sog. „Butler“-Problem bekannt, *Supreme Court of the United States, Butler v. Michigan*, 352 U.S. 380 (1956). Danach kann kein Gesetz verfassungsgemäß das für Erwachsene erhältliche Material auf ein für Jugendliche geeignetes Maß beschränken.

³⁶⁰ Vgl. oben I. *Systematik staatlicher Inhaltskontrolle*, S. 25.

³⁶¹ Vgl. Gesetzesbegründung BT-Drs. 13/7385, S. 38.

daß das Angebot oder die Verbreitung im Inland auf volljährige Nutzer beschränkt werden kann“ führt zur selben Rechtslage wie unter dem US-amerikanischen *Communications Decency Act (CDA)*³⁶²: Nur für Erwachsene geeignete Inhalte dürfen danach gar nicht angeboten werden, wenn Jugendliche nicht wirksam von ihrer Nutzung ausgeschlossen werden können. Unter Verweis auf das Fehlen zuverlässiger technischer Möglichkeiten, Angebote etwa in den verschiedenen Diensten des Internet auf volljährige Nutzer zu beschränken, hat der *Supreme Court of the United States* ausgeführt, daß das Gesetz damit verfassungsrechtlich geschützte Inhalte verbiete und die Informationsfreiheit Erwachsener einschränke. Wie die deutsche Verfassung (Art. 5 Abs. 2 GG) hat auch der Supreme Court der Förderung des Jugendschutzes eine überragende Bedeutung zuerkannt (*compelling state interest*), sah aber letztlich die Beeinträchtigung der Kommunikationsfreiheiten als unverhältnismäßig hoch an (Fehlen des *narrowly-tailored*³⁶³-Erfordernisses)³⁶⁴. Auch in Deutschland stellt die Vorschrift verfassungsrechtlich eine Einschränkung der Informationsfreiheit Erwachsener dar, die nur zu rechtfertigen sein dürfte, wenn beim Nutzer installierte Filtersysteme als „technische Vorkehrungen“ im Sinne des § 3 Abs. 2, S. 2 GjSM ausreichen.³⁶⁵

d. Wettbewerbsrecht

Im Wettbewerbsrecht hat die Rechtsprechung bereits früher individuelle Kommunikation auch unverkörperter Inhalte erfaßt³⁶⁶. Diese Rechtsprechung hat sie zunächst auf den Btx-Dienst³⁶⁷ und nun auf *e-mail* übertragen³⁶⁸. Hier wie dort sind etwa Werbesendungen unzulässig, wenn sie der Empfänger nicht ausdrücklich wünscht. Diese Rechtsprechung könnte unter Druck geraten, wenn die Umsetzung zweier EU-Richtlinien ansteht. Nach Art. 10 Abs. 2 Fernabsatzrichtlinie³⁶⁹ sollen Werbemails in bestimmten Grenzen zulässig sein. Lediglich die Kommunikation über *Voice-mail*-Systeme und Telefax be-

³⁶² Das Gesetz wurde durch den *Supreme Court* in *Reno v. ACLU*, 117 S.Ct. 2329 (1997) für verfassungswidrig erklärt.

³⁶³ Vgl. oben bei FN 38.

³⁶⁴ *Reno v. ACLU*, 117 S.Ct. 2329 (1997).

³⁶⁵ Wohl nicht zutreffend ist, wie *Sieber*, JZ 1996, 494 (497) verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich des GjSM aus Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG herzuleiten, weil das GjSM die Verbreitung von Inhalten nicht von einer *vorherigen* Genehmigung abhängig macht (mit Ausnahme des seltenen Falls des § 7 GjSM). Diese Problematik stellt sich höchstens beim JÖSchG, dazu zutreffend *Sieber*, a.a.O., 498.

³⁶⁶ Vgl. FN 123.

³⁶⁷ BGHZ 103, 201 ff. Hier ließ der BGH allerdings erkennen, daß sich die Beurteilung bei verbesserten technischen Möglichkeiten (u.a. schnellerer Bildaufbau) verändern kann.

³⁶⁸ LG Traunstein, CR 1998, 171 (zu § 1 UWG und Privatleuten); LG Berlin, Beschluß v. 14.5.98, JurPC Web-Dok. 91/1998, Abs. 1 – 4 (zu § 823 BGB und Geschäftsleuten). Aus dem mittlerweile umfangreichen Schrifttum nur *Funk, Axel*, CR 1998, 411 mwN.

³⁶⁹ RL 97/7/EG, vom 20.5.1997, ABl. L 144, S. 19ff. v. 4.6.1997, Die Zielvorgaben der Fernabsatzrichtlinie müssen innerhalb von drei Jahren von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umgesetzt werden.

darf danach der vorherigen Zustimmung des Empfängers. Alle anderen Fernkommunikationstechniken, also auch *e-mail*, dürften dagegen verwendet werden, solange der Empfänger nicht ausdrücklich widerspricht³⁷⁰. Die Richtlinie läßt allerdings in Art. 14 strengere Normen der Mitgliedstaaten zu, soweit sie dies zum Schutz des Rechtsverkehrs für erforderlich halten. Zu diesen soll auch § 1 UWG mit der ihn konkretisierenden Rechtsprechung gehören.³⁷¹ Art. 7 des Vorschlags einer Richtlinie der EG-Kommission zum elektronischen Handel³⁷² sieht eine Kennzeichnungspflicht für Werbemails vor. Diese Regelung ist aber nur als Ergänzung der Fernabsatzrichtlinie zu verstehen und will nicht – wie verschiedentlich geschlossen – die Zulässigkeit gekennzeichnete Werbemails vorschreiben und die Mitgliedsstaaten an strengeren Regeln hindern³⁷³.

Die Kommunikation wettbewerbswidriger digitaler Inhalte durch *upload* auf WWW- und *FTP-server* ist der Anwendung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften (§§ 1, 3 UWG) ebenfalls zugänglich³⁷⁴. Selbst die Anwendbarkeit von Vorschriften auch des bereichsspezifischen Wettbewerbsrechts bannt jedoch kaum die in der Tat erheblichen Gefahren, die sich etwa aus Anpreisung und Vertrieb von Produkten und Dienstleistungen über das Internet ergeben können³⁷⁵.

e. Rundfunkrecht

Eine Übertragung rundfunkrechtlicher Regelungen kommt nur für diejenigen Dienste digitaler Medien in Betracht, die in den verfassungsrechtlichen Garantiebereich der Rundfunkfreiheit einzubeziehen sind. Ob die neuen digitalen Dienste insgesamt oder teilweise Rundfunk sind, ist daher auch Gegenstand heftiger Auseinandersetzungen im medienrechtlichen Schrifttum³⁷⁶. Außer Frage dürfte vorab stehen, daß sich der Rundfunkcharakter herkömmlicher Programme nicht durch die bloße Umstellung von analoger auf digitale Verbreitung ändert. Auch ein digital verbreitetes ZDF-Programm bleibt Rundfunk³⁷⁷. Die mit der Digitalisierung verbundene Ausdifferenzierung der Dienste³⁷⁸

³⁷⁰ Sog. „opt-out“-Verfahren.

³⁷¹ LG Traunstein a.a.O.

³⁷² Vorschlag KOM(1998)586 endg. (FN 14).

³⁷³ Hoeren, Thomas, MMR 1999, 192.

³⁷⁴ Vgl. OLG München, Urteil vom 26. Februar 1998, 29 U 4466/97, über <http://www.netlaw.de/urteile/index.htm>.

³⁷⁵ Der Beitrag von Marwitz, Petra, Heilmittel im Internet, MMR 1999, 83 läßt die bisher kaum überschaubaren Gefahren allenfalls erahnen.

³⁷⁶ Grundlegend Bullinger, AfP 1996, 1; Hoffmann-Riem, AfP 1996, 9 jeweils mwN; Gersdorf, Hubertus, Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Veränderungen der Telekommunikation. Vgl. auch die Nachweise im Folgenden.

³⁷⁷ Zu Änderungen, die sich auch im Bereich herkömmlicher Rundfunkprogramme durch das Hinzutreten neuer Dienste ergeben können vgl. unten 2. Kapitel: *Schwindende Berechtigung bisheriger Rundfunkregulierung*, S. 128.

³⁷⁸ S.o. II. Die Veränderung der Medien und ihrer Akteure, S. 47.

bringt jedoch neue Angebotsformen hervor, deren Zuordnung zum Rundfunk teilweise rundweg angenommen, teilweise weitgehend abgelehnt wird.

aa. *Rundfunk als definitionsbedürftige Ausnahme statt als Oberbegriff überindividueller Telekommunikation*

Die Anwendung bestehender rundfunkrechtlicher Regelung auf neue Dienste setzt deren Subsumtion unter den verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff³⁷⁹ voraus. Teilweise wird die gesamte überindividuelle Telekommunikation als Rundfunk verstanden³⁸⁰, innerhalb derer Kriterien zu entwickeln seien, die den Regulierungsbedarf einzelner Erscheinungsformen abgestuft bestimmen sollen. Dabei wird zum einen auf die Bedeutung und Wirkung des Mediums, sowie auf seinen Grad an Interaktivität und Öffentlichkeit³⁸¹ abgestellt, zum anderen der Grad der Meinungsrelevanz³⁸² der verbreiteten Inhalte betrachtet. Dies führt im Ergebnis zur Erstreckung eines weiten Rundfunkbegriffes auf zahlreiche neue Kommunikationsformen, ohne daß diese gleichzeitig mit einer dem herkömmlichen Rundfunk gleichen Intensität reguliert werden sollen. Unter dem „Dach“ des Rundfunkbegriffes sollen abgestufte Regelungsgrade erlaubt sein.³⁸³

Eine solche Ausweitung bei gleichzeitiger Abstufung des Rundfunkbegriffes führte zu kaum überwindlichen Abgrenzungsproblemen zwischen einzelnen Diensten und damit zu einem Zustand erheblicher Rechtsunsicherheit. „Unterhalb“ der Rundfunkfreiheit sind derartige Probleme schon bei der Abgrenzung von Tele- und Mediendiensten zu beobachten, obwohl diese weitgehend durch wortgleiche Vorschriften geregelt werden.³⁸⁴

Zu befürchten wäre weiterhin ein Ausgreifen der rundfunktypischen Regulierungstechnik der *Ausgewogenheitspflege*³⁸⁵, einer das Grundrecht (vermeintlich) auf seinen Zweck hin ausgestaltenden positiven Ordnung, auch auf solche Kommunikationsfor-

³⁷⁹ Von diesem und nicht von der sehr weiten, aber verfassungsrechtlich nicht bindenden Formulierung in § 2 Abs. 1 RStV ist im Folgenden die Rede.

³⁸⁰ *Schoch*, VVDS^{StRL} 57 (1998), 158 (197), hält die „Zuordnung der ‚Neuen Dienste‘ zum Medium ‚Rundfunk‘“ für „überwiegend unumgänglich“; ferner *Gersdorf*, Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation, 158ff. mwN.

³⁸¹ Vgl. *Schulz*, ZUM 1996, 487.

³⁸² Vgl. *Hochstein, Reiner*, NJW 1997, 2977; *Bermanseder*, ZRP 1997, 330; *Dittmann*, Der Rundfunkbegriff im deutschen Recht - ein Kulturgut im multimedialen Wandel, in ders./ *Fechner/Sander*, Der Rundfunkbegriff im Wandel der Medien, 1997, 19 (35f).

³⁸³ So etwa *Pieper/Wiechmann* ZUM 1995, 82 (93); *Eberle, Carl-Eugen*, ZUM 1995, 249 (255); *Gersdorf, Hubertus*, AfP 1995, 565 (573f); *Jarrass Hans D.*, Online-Dienste und Funktionsbereich des ZDF, Rechtsgutachten, 1997, 8; *Kuch, Hansjörg*, ZUM 1997, 225 (227), *Kresse/Heinze*, AfP 1995, 574 (576).

³⁸⁴ *Kröger, Detlef, Moos, Flemming*, AfP 1997, 675; v. *Heyl*, ZUM 1998, 115 (117); *Koch, Frank A.*, NJW-CoR online, 29.6.97; *Wenning, Rigo*, JurPC Web-Dok. 48/1998; *Hochstein*, a.a.O.; *Ladeur*, ZUM 1997, 372 (382ff.); *König, Volker*, Freiheit, die ich meine, C't 1997, 278; *Mayer, Patrick*, Rechtspflichten von privaten Anbietern von Internet-Seiten, <http://www.digital-law.net/artikel5/faq-otto.html>.

³⁸⁵ *Bullinger / Mestmäcker*, Multi mediadienste, 43.

men, für die eine abwehrrechtlich-pressemäßige Regulierung ausreichend und eher freiheitssichernd ist.³⁸⁶ Staatlicher Inhaltsregulierung fehlte so die klare verfassungsrechtliche Schrankenziehung. Würde diese Abstufung mit dem Ziel einer umfassende Medienfreiheitsgarantie von der überindividuellen Telekommunikation über die Presse bis „hinab“ zur individuellen Meinungsfreiheit fortgesetzt³⁸⁷, büßten die Kommunikationsfreiheiten letztlich ihr abwehrrechtliches Potential vollständig ein.³⁸⁸

Die rundfunkmäßige Regulierungsweise der Ausgewogenheitspflege, ist hingegen nicht nur im Kontext der Kommunikationsfreiheiten³⁸⁹, sondern im gesamten Grundrechtsraum³⁹⁰ nur eine durch die besonderen Situation und Funktion des Rundfunks³⁹¹ gerechtfertigte Ausnahme. Dann bedarf aber der Rundfunk fester Abgrenzungen, innerhalb derer gerade seinem Ausnahmecharakter durch Regulierung Rechnung getragen wird. Der Rundfunkbegriff und nicht der Grad der Rundfunkregulierung ist damit einziges Stellrad für die Ausweitung oder Zurückdrängung der Regulierungstechnik der Ausgewogenheitspflege.³⁹² So hat auch das Bundesverfassungsgericht die Anpassungsfähigkeit des Rundfunkbegriffes immer wieder betont, gleiches jedoch nie für die Rundfunkdogmatik ausgesprochen.³⁹³ Die geringen graduellen Abstufungen, die das Gericht hinsichtlich inhaltlicher Programmgestaltungen (Spartenprogramme) zugelassen hat, zeugen weniger von einem Willen zur medienübergreifenden, abgestuften Ausgewo-

³⁸⁶ Bullinger / Mestmäcker, Multimediadienste, 47ff.

³⁸⁷ Vgl. zu derartigen Überlegungen Hoffmann-Riem, HdVerfR, § 7 Rn. 24 ff.

³⁸⁸ Dagegen laufen andere Vorschläge zur Schaffung einer umfassenden Kommunikationsfreiheit darauf hinaus, für alle Kommunikationsformen das Modell der „positiven Ordnung“ mehr und mehr zu verlassen und statt dessen - gleichsam von der individuellen Meinungsfreiheit aus gesehen - deren abwehrrechtliche Freiheitlichkeit über die Presse hinaus auch auf die anderen Massenmedien zu übertragen, vgl. Bullinger, Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel der Telekommunikation, Baden-Baden, 1980, S. 61ff; ders., HdStR VI, 1989, § 142 Rn. 180 mwN. Dieses wird teilweise auch von Befürwortern eines umfassenden Rundfunkbegriffes angestrebt, v.a. Schoch, VVDStRL 57 (1998), 158 (194f.) der zumindest den privaten Rundfunk in eine an Art. 10 EMRK angelehnte, abwehrrechtliche Ordnung entlassen will.

³⁸⁹ Neben Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, Art. 5 Abs. 1 S. 2 1. Fall GG werden auch Art. 10 GG, vgl. Pjeroth, Bodo/Schlink, Bernhard, Staatsrecht II, Rn. 828ff., Art. 10 EMRK, vgl. die jüngeren Entscheidungen EGMR EuGRZ 90, 255; EGMR EuGRZ 94, 549; EuGH, EuZW 1997, 470 (472), weniger deutlich Dörr, Dieter, Multimedia und die Rundfunkfreiheit des Art. 10 EMRK, FS für Kriele, 1996, 1417 (1423ff.) und das amerikanische First Amendment primär als staatsgerichtete Abwehrrechte verstanden.

³⁹⁰ Das BVerfG betont seit E 7, 198 (204), daß Grundrechte „in erster Linie Abwehrrechte gegen den Staat“ seien und warnt davor, die „Funktion der Grundrechte als objektiver Prinzipien ..von dem eigentlichen Kern (zu) lösen und zu einem Gefüge objektiver Normen (zu) verselbständigen, in denen der ursprüngliche und bleibende Sinn der Grundrechte zurücktritt“, E 50, 290 (337).

³⁹¹ S.u. 2. Kapitel: Schwindende Berechtigung bisheriger Rundfunkregulierung, S. 128.

³⁹² I.E. ebenso Bullinger / Mestmäcker, Multimediadienste, 45ff.; a.A. Schoch, VVDStRL 57 (1998), 158 (197).

³⁹³ Dies fordernd Schoch, a.a.O., 194 (FN 171).

genheitspflege als von der im Lichte neuer Technologien und Vermarktungsmöglichkeiten wachsenden Schwierigkeit, diese überhaupt zu rechtfertigen.³⁹⁴

Um die Übertragbarkeit der Rundfunkregulierung auf digitale Dienste zu prüfen, kann daher letztlich der Frage nicht ausgewichen werden, was den Rundfunk ausmacht.

bb. Fehlende Aussagekraft der Grenzziehung zwischen Individual- und Massenkommunikation für die Definition von Rundfunk

Verschiedene Analysen zum Rundfunkbegriff beginnen mit der Unterscheidung von Individual- und Massenkommunikation und stellen fest, daß als „Rundfunk“ von vornherein nur massenkommunikative Kommunikationsformen in Frage kommen, denn nur diese regele Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG³⁹⁵. Bereits bei der Abgrenzung von Massen- und Individualkommunikation besteht dann allerdings Uneinigkeit. Der Streit ist stark rechtspolitisch geprägt, weil von der Frage der Zuordnung neuer Dienste zur Massen- oder Individualkommunikation nach vorherrschender Meinung auch die Frage der Gesetzgebungszuständigkeit abhängt, so daß Machtfragen auf dem Spiel stehen. Da die meisten Autoren an einem reinen Alternativverhältnis von Individual- und Massenkommunikation festhalten³⁹⁶, wird jeweils eine der beiden Kommunikationsformen restriktiv definiert, um der jeweils anderen zuzuspielen. Auf der einen Seite verlangt man für die Zuordnung eines Dienstes zur Individualkommunikation die Möglichkeit eines „doppelten Rollenwechsels“ innerhalb eines Kommunikationsvorgangs³⁹⁷, wodurch individualisierte Formen der Verbreitung audiovisueller Inhalte (Abrufdienste, etwa *Video-on-demand*) in den Bereich der Massenkommunikation eingeordnet werden und damit einem erweiterten Rundfunkbegriff – und der Länderkompetenz – unterstellt werden können.³⁹⁸

Auf der anderen Seite verlangt man für die massenkommunikative Verbreitung von Inhalten an die „Allgemeinheit“ neben einem quantitativen auch ein „qualitatives“ Element, einen „spezifischen Öffentlichkeitsbezug“, der dann fehle, wenn ein Angebot nur

³⁹⁴ Spartenprogrammen - ob Nachrichten-, Sport-, Sport- oder Teleshoppingkanälen - fehlt mit der thematischen Breite ein für den Rundfunk schlechthin konstitutives Element. Siehe sogleich *dd.*

Kombination von thematisch umfassender Versorgung mit inhaltlich und zeitlich durch wenige Anbieter vorselektierten, darstellungsoffen präsentierten Inhalten und unverlangter Verbreitung in Monopolstellung als Typik und Funktion des Rundfunks, S. 90 und unten 2. Kapitel: *Schwindende Berechtigung bisheriger Rundfunkregulierung*, S. 128.

³⁹⁵ Vgl. *Schulz* a.a.O.; *Scholz, Rupert*, Multimedia: Zuständigkeit des Bundes oder der Länder?, FS Kriele, 523 (529); *Gersdorf, Hubertus*, Rundfunkbegriff, 102ff.

³⁹⁶ Anders *Bullinger*, Die Allgemeinkommunikation (FN 128), der eine dritte Kommunikationskategorie erkennt. Vorzuziehen wäre es, die Unterscheidung weitgehend aufzugeben, weil sie kaum noch kategoriebildende Wirkung hat.

³⁹⁷ Vgl. *Schulz*, ZUM 1996, 487 (489). Diese Forderung stammt aus einer älteren Arbeit von *Malletzke* (FN 128), die in der heutigen Medienwelt zu dem wenig zwingenden Ergebnis führte, daß *spamming* ohne *Reply*-Adresse Massenkommunikation, mit *Reply*-Adresse aber Individualkommunikation wäre.

³⁹⁸ Vgl. oben *aa.* *Rundfunk als definitionsbedürftige Ausnahme statt als Oberbegriff überindividueller Telekommunikation*, S. 86.

an „bestimmte ‚Allgemeinheiten‘“ oder „anonyme ‚Interessiertheiten‘“ gerichtet sei.³⁹⁹ So fielen neben dem Amateurfunk auch die meisten Multimediadienste (u.a. auch *video-on-demand*) aus der Massenkommunikation und damit aus dem Rundfunkbegriff heraus - und wären leichter den Bundeskompetenzen zuzuschlagen.⁴⁰⁰

Die in Frage stehenden neuen Dienste digitaler Telekommunikation entziehen sich jedoch der herkömmlichen Einteilung in Individual- und Massenkommunikation.⁴⁰¹ Diese Entwicklung verstärkt sich zunehmend durch die Entstehung neuer Kommunikationsformen und Dienstarten. Eingrenzende Definitionen von Individual- oder Massenkommunikation haben daher wenig Aussagekraft für die Frage, was die besonderen Merkmale des Rundfunks ausmacht, die neue digitale Dienste aufweisen müssen, um rundfunkgleich reguliert werden zu können.

cc. Geringe Bedeutung der technischen Alleinstellungsmerkmale des Rundfunks

Das Fernsehen⁴⁰² stellt Kommunikationsinhalte darstellungsoffen, d.h. in audiovisueller Form durch Bewegtbilder und Ton bereit. Dies leisten auch das Kino und die Videokassette. Zwar bietet der Rundfunk thematische Breite, andererseits fehlt es ihm an „Nutzungskomfort“: Der Fernsehzuschauer oder Radiohörer kann hinsichtlich eines Einzelinhalts oder Programmteils die *zeitliche Vorselektion* des Veranstalters nicht beeinflussen. Rundfunkinhalte können nicht wie bei Nutzung eines körperlichen Inhaltsträgers beliebig oft zu beliebigen Zeitpunkten in beliebiger Reihenfolge von individuellen Nutzern genutzt werden (wie Inhalte auf Musik- oder Videokassette) oder wenigstens durch zeitversetzte Anfangszeiten zur vom Nutzer gewünschten Zeit ausgewählt werden (wie beim Kino).

Dies ist - bei näherem Hinsehen - das einzige technische Alleinstellungsmerkmal des Rundfunks. Isoliert betrachtet kommt ihm jedoch wenig Bedeutung zu. Durch die Verbreitung von Aufzeichnungsgeräten (Video-/Kassettenrecorder) steht es jedermann frei, Rundfunkprogramme nach ihrer Ausstrahlung - wie CD oder Kinofilm nach ihrem Erscheinen - zu einem beliebigen Zeitpunkt zu konsumieren⁴⁰³. Auch das Bundesverfassungsgericht hat diesem Unterschied allein wenig Bedeutung beigemessen⁴⁰⁴, ohne al-

³⁹⁹ Vgl. Scholz (FN 395), 532.

⁴⁰⁰ Vgl. Scholz (FN 395), 533f.

⁴⁰¹ Vgl. oben *bb.* *Die Beliebigkeit von Öffentlichkeit als Strukturmerkmal der neuen Formen digitaler Kommunikation*, S. 59.

⁴⁰² Entscheidend trägt die Überzeugungskraft der Kombination aus Ton und bewegten Bildern im Fernsehen zur Besonderheit des Rundfunks bei. Das Radio, das nur durch die Unmittelbarkeit des gesprochenen Wortes überzeugen kann, steht daher auch nicht im Zentrum rundfunkrechtlicher Inhaltsregulierung. Für das Radio gelten zum Beispiel nicht die Quoten des § 6 RStV, die §§ 21-38 gelten gem. § 39 S.1 RStV nur für das bundesweit verbreitete *Fernsehen*.

⁴⁰³ Deshalb besteht auch der wahre Strukturunterschied nicht ausschließlich in der „stückweisen“ Verbreitung digitaler Medieninhalte, den Bullinger, AfP 1996, 1; *ders.*, JZ 1996, 385 (387); *ders.* / Mestmäcker, Multimediadienste, S. 52f. mwN, betont.

⁴⁰⁴ BVerfGE 74, 297 (351f.): „Der Unterschied, daß Rundfunk für "die Allgemeinheit bestimmt ist", während Sendungen auf Abruf an "jeden Beliebigen" übermittelt werden ... und Sendungen auf

lerdings herauszustellen, daß es sich - in Kombination mit anderen – um ein wesentliches Element des Rundfunks handelt.

dd. Kombination von thematisch umfassender Versorgung mit inhaltlich und zeitlich durch wenige Anbieter vorselektierten, darstellungsoffen präsentierten Inhalten und unverlangter Verbreitung in Monopolstellung als Typik und Funktion des Rundfunks

Letztlich ist das besondere des Rundfunks nicht eine Einzeleigenschaft, sondern eine Kombination von Eigenschaften, aus denen seine besondere Meinungsmacht erwächst.

Der Rundfunk umfaßt eine inhaltlich breite Themenpalette. Er bietet Nachrichten zum aktuellen Tagesgeschehen, Sport, Kultur, Unterhaltung, Lebenshilfe und praktische Informationen. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zwingt ihn zur Vielfalt, die er aber auch weitgehend von sich aus liefern müßte, wenn er sich nur an Nutzerwünschen zu orientieren hätte⁴⁰⁵. Im Gegensatz zur gedruckten Information, die durch Platz begrenzt wird, werden Rundfunkinhalte durch Zeit begrenzt, die weniger leicht zu erweitern ist. Beides führt dazu, daß der Rundfunk nicht durch inhaltliche Tiefe, sondern durch informative Breite glänzt, die in Zeiten wachsender Informationsmengen leichter aufzunehmen ist und schneller überzeugt. So ist gerade das Fernsehen in einem breiten Themenspektrum zu einem Medium geworden, dem hohe Kompetenz und Glaubwürdigkeit zugebilligt wird.

Der gesamthafte Charakter der Rundfunkprogrammes erlaubt mehrere Stufen inhaltlicher Vorselektion von Beiträgen. Bei Fremdinhalten (Spielfilmen, Hörspielen, fremdproduzierten Dokumentationen) wählt der Rundfunkveranstalter aus, welche Inhalte gezeigt werden. Bei aus fremder Rohinformation selbst zusammengestellten Inhalten (Nachrichten) findet eine redaktionelle Bearbeitung statt, die dem Veranstalter erlaubt, durch die Art und Länge der Präsentation die Wahrnehmung der Information zu steuern auch ohne Informationen wegzulassen. Bei vollständig eigenrecherchierten und -produzierten Inhalten bestehen beide Einflußmöglichkeiten. Zu diesen auch der Zeitungspresse verfügbaren Möglichkeiten inhaltlicher Vorselektion kommt beim Rund-

Zugriff "jedermann" jederzeit zugänglich sind ..., wird schwerlich als bedeutsam betrachtet werden können.... Kein Unterschied zwischen den als "Rundfunk" und den als "rundfunkähnliche Kommunikation" bezeichneten Sendungen besteht in den Punkten, die unter dem Blickwinkel des Art. 5 Abs. 1 GG allein entscheidend sein könnten: dem Inhalt der Sendungen und den am Kommunikationsprozeß Beteiligten. In beiden Fällen werden Sendungen gleichen Inhalts verbreitet; hier wie dort sind die Veranstalter und eine unbestimmte Vielzahl von Zuschauern oder Hörern beteiligt; hier wie dort trifft der Teilnehmer Auswahlentscheidungen durch Ein- und Ausschalten.“

405

In den USA, wo sich Rundfunk zunächst weitgehend unreguliert entwickeln konnte, wurden Mitte der 80er Jahre verschiedene FCC-Richtlinien zur Pluralismus- und Vielfaltssicherung, sowie Quotenregelungen für erwünschte Inhalte von der FCC selbst aufgehoben, weil die Regelungsziele vom Markt selbst um ein Vielfaches übertroffen wurden und Regulierung daher nicht nötig war, vgl. *Revision of Programming and Commercialization Policies, Ascertainment Requirements, and Program Log Requirements for Commercial Television Stations*, report and Order, Dkt. No. 83-670, 98 F.C.C.2d 1076 (1984); von *Bonin, Andreas*, The ‚Sondersituation‘ of Broadcasting in German and American Law.

funk die Notwendigkeit, die Reihenfolge der Inhalte zu bestimmen und so eine unverrückbare zeitliche Vorselektion zu treffen. Einen Rundfunk ohne derartige Vorselektion von Inhalten und Ausstrahlzeiten gibt es nicht.

Diese breite Palette an darstellungsoffen präsentierten Inhalten wird im Rundfunk ausschließlich im Wege gesamthafter, unverlangter und einmaliger Ausstrahlung zugänglich gemacht. Dies schränkt zwar nicht nur die zeitlichen Wahlmöglichkeiten des Zuschauers, sondern auch die optimale wirtschaftliche Ausbeutung einzelner Spitzeninhalte⁴⁰⁶ ein, kann aber eine gewisse Bindungskraft auf den Zuschauer ausüben.⁴⁰⁷

Was den Rundfunk insgesamt ausmacht, ist danach die unverlangte und einmalige Verbreitung audiovisueller, gesamthaft zusammengestellter und vorselektierter Inhalte. Durch die Breite seiner Themenpalette und die Unmittelbarkeit der Präsentation seiner Inhalte erfüllt der Rundfunk die an ihn gestellten Wahrheitserwartungen und gewinnt dadurch Versorgungscharakter⁴⁰⁸.

Diese Rundfunkdefinition ist auch im Einklang mit der Aussage des Bundesverfassungsgerichts, „bei der Bestimmung von Rundfunk“ dürfe „nicht nur an eine bereits eingeführte Technik angeknüpft werden.“ Andernfalls könne „sich die grundrechtliche Gewährleistung nicht auf jene Bereiche erstrecken, in denen gleichfalls die Funktion des Rundfunks, wenn auch mit neuen Mitteln, erfüllt würde.“⁴⁰⁹ Die hier gemeinte *Funktion* des Rundfunks muß sich allerdings direkt aus der oben beschriebenen Kombination besonderer Eigenschaften ergeben, weil sonst auch Nicht-Rundfunkmedien erfaßt würden, was nicht die Absicht des Bundesverfassungsgerichts sein konnte. Gemeint ist nicht nur eine allgemeine Informationsfunktion des Rundfunks im Vorfeld des demokratischen Meinungsbildungsprozesses, denn diese leistet die Presse ebenfalls. Die besondere *Funktion* des Rundfunks ist vielmehr die verbreitungsmäßige Versorgung mit

⁴⁰⁶ Vgl. 2. Kapitel: *Schwindende Berechtigung bisheriger Rundfunkregulierung*, S. 128.

⁴⁰⁷ Von Bullinger in *der. / Mestmäcker*, Multimediadienste, als „Fesselungswirkung“ bezeichnet mit Hinweis auf medienwissenschaftliche Forschungsergebnisse, nach denen die mit dem Fernsehen verbundenen physiologische Erregung ein Abschaltkönnen verhindere.

⁴⁰⁸ Dies zeigt sich auch in den hohen Einschaltzeiten von Fernsehern besonders in den USA. Daraus hat der Supreme Court of the United States auch das Merkmal der „*intrusiveness*“ entwickelt, das den Rundfunk besonderer Regulierung zugänglich mache: Vgl. Supreme Court, *FCC v. Pacifica*, 438 U.S. 726 (1978), 748 (führt aus, daß Rundfunkmedien eine einzigartig durchdringende Präsenz im Leben aller Amerikaner erreicht haben. Weil dieses Medium typischerweise durch ständiges Aus-, An- und Umschalten genutzt würde, seien auch vorherige Warnungen bzgl. des Inhalts von Sendungen nicht geeignet zu verhindern, daß der Empfänger mit ‚unerwarteten Programminhalten‘ konfrontiert würde. Während in der Öffentlichkeit von Passanten verlangt werden könne, sich wegzudrehen und damit die Meinungsfreiheit sich auch bei unanständigen Inhalten durchsetze, gelte dies nicht, wenn die Inhalte gleichsam in das Haus und damit die Privatsphäre des Empfängers eindringen. Ihn hier auf die Möglichkeit des Abschaltens zu verweisen sei wie dem Überfallenen zu empfehlen, nach dem ersten Angriff wegzulaufen.) Dies auch für Deutschland betonend *Hoffmann-Riem*, AfP 1996, 9 (12ff.); *Schulz*, ZUM 1996, 487 (492f.); dagegen *Bullinger / Mestmäcker*, Multimediadienste, 52 (FN 88, 89).

⁴⁰⁹ BVerfGE 83, 238 (302). Der hier fragliche § 3 Abs. 3 S. 2 WDR-Gesetz bestimmt: „Dazu gehört insbesondere die Möglichkeit, die Übertragungstechnik von Satelliten und Breitbandnetzen zu nutzen und im Rahmen der Anstaltsaufgaben neue Dienste mittels neuer Techniken anzubieten.“

einem vorselektierten, breit gefächerten Angebot darstellungsoffener Inhalte im oben beschriebenen Sinn. Nur wenn digitale Dienste dies tun, sind sie Rundfunk.

ee. Strukturelle Verschiedenheit ausdifferenzierter digitaler Dienste vom Rundfunk

Wie der Rundfunk sind auch neue digitale Dienste wie *Video-on-demand*, *Web-/multicasting* und *RealVideo/Audio* in der Lage, Inhalte in Ton und (Bewegt-)Bild anzubieten. Bilden diese Dienste heute im textdominierten *World Wide Web* noch die Ausnahme, besteht weitgehende Einigkeit in der Erwartung, daß sie mit der Überwindung technischer Schwierigkeiten zu einem wesentlichen Element der digitalen Medien werden.⁴¹⁰

Inhalte in den neuen digitalen Diensten können rundfunkmäßig verbreitet werden⁴¹¹. Es dominiert allerdings wegen der günstigeren wirtschaftlichen Bedingungen bisher schon das Modell des Einzelabrufs von Inhalten.⁴¹² Aber auch rundfunkmäßig verbreitete Dienste sind deshalb noch nicht automatisch Rundfunk, wenn sie nicht auch die anderen Strukturmerkmale aufweisen, deren Kombination den Rundfunk ausmacht⁴¹³. Ein - wenngleich noch nicht verfassungsgerichtlich überprüfter - Hinweis dafür ergibt sich auch aus dem Mediendiensteinstaatvertrag der Länder⁴¹⁴, dessen § 2 Abs. 2 Nrn. 1-3 rundfunkmäßig verbreitete Verteildienste regelt, die aber kein Rundfunk sind.⁴¹⁵

Entscheidender Unterschied zwischen den neuen Diensten und dem Rundfunk ist, daß in digitalen Medien die Zwangsläufigkeit der Vorselektion von Inhalten und Sendezeitpunkt wegfällt. Jeder Produzent kann seine Inhalte *direkt* verbreiten oder zum Abruf anbieten, der Nutzer *direkt* auf die Quelle der Information zugreifen. Ein kritischer Reporter kann seinen Bericht aus einem Kriegsgebiet direkt dem Zuschauer anbieten, ohne daß Redakteure vorher brisante Passagen herausschneiden. Ein Internet-Nutzer hat heute vielfach direkten und einfachen Zugriff auf die Rohinformationen, die der rundfunkredaktionellen Vorselektion zugrunde liegen: Die Meldungen der Nachrichtenagenturen genauso wie die Pressemitteilungen von Regierung, Parteien und Unternehmen sind im Internet zunehmend verfügbar. In digitalen Medien können sich die Nutzer *ungefiltert* informieren, statt darauf reduziert zu sein, was zur Vielfalt und Ausgewogenheit verpflichtete Redakteure in welchem Umfang zusammenstellen. Wünscht der Nutzer dagegen eine Vorselektion, so kann er deren Kriterien unter vielen konkurrierenden Angeboten selbst auswählen.

⁴¹⁰ Vgl. schon *Kapor, Mitchell*, *Wired* 1.3, 1993.

⁴¹¹ S.o. (2) *Beliebigkeit von Individualität der Übertragungsart*, S. 61.

⁴¹² S.u. d. *Niedrige Eintrittsbarrieren*, S. 135.

⁴¹³ Vgl. *dd.* *Kombination von thematisch umfassender Versorgung mit inhaltlich und zeitlich durch wenige Anbieter vorselektierten, darstellungsoffen präsentierten Inhalten und unverlangter Verbreitung in Monopolstellung als Typik und Funktion des Rundfunks*, S. 90.

⁴¹⁴ S.o. FN 11.

⁴¹⁵ Dies ergibt sich aus der Abgrenzungsnorm des § 2 Abs. 1 S. 3 RSStV in der durch § 22 MDStV geänderten Fassung, der die Mediendienste aus seinem Anwendungsbereich ausschließt.

Damit wird der Meinungskampf nicht wie beim Rundfunk im Inneren des nach außen hin zur Unparteilichkeit verpflichteten Veranstalters ausgetragen, der dadurch behördenähnlich-institutionelle Entscheidungs- und Selektionsprozesse, inklusive der Politisierung der Postenbesetzung nach Partei-Proporz⁴¹⁶ aufweist. Digitale Medien sind - wie die Presse in idealisierter Vorstellung sein sollte - strukturell parteiisch, unausgewogen und garantieren dadurch außenplurale Vielfalt, die rundfunkmäßige Vorsorge nie herstellen könnte.⁴¹⁷

Meinungseinfluß können nur solche digitalen Dienste erreichen, die ihre Glaubhaftigkeit in einem offenen Wettbewerb unter Beweis stellen. Meinungsmacht wegen gesetzlich garantierendem einer an der Idealvorstellung des ausgewogenen Guten ausgerichteter, objektiver Berichterstattung haben sie nicht und wollen sie auch nicht beanspruchen.

ff. Ergebnis

Bisher kann keiner der neuen digitalen Dienste unter die - nach den besonderen Merkmalen des Rundfunks und seiner Funktion gebildeten - Definition des Rundfunks subsumiert werden. Sonach ist eine Übertragung bestehender rundfunkmäßiger Inhaltsregulierung⁴¹⁸ auf die neuen digitalen Dienste nicht möglich. Eine gesetzlich geschaffene Übertragung dieser Art wäre an den nur eine geringere Regelungsintensität zulassenden Art. 5 Abs. 1 S. 2 1. Fall GG oder Art. 5 Abs. 1 S. 1 zu messen und verfassungswidrig.

Dementsprechend ist auch in den neuen Gesetzen zu digitalen Diensten auf eine rundfunkmäßige Inhaltsregulierung wie auch auf eine rundfunktypische Regulierung im Vorfeld der Inhaltskontrolle verzichtet worden. Insbesondere wurden weder Tele- noch Mediendienste zur Vielfalt verpflichtet, noch wurden ihnen medienrechtliche Zulassungserfordernisse auferlegt (§ 4 TDG / MDStV⁴¹⁹).

f. Presserecht

Mag eine Übertragung presserechtlicher Regulierung auf digitale Kommunikationsinhalte wegen deren durchweg fehlender Verkörperung zunächst fernliegend erscheinen, so zeigt vor allem der Staatsvertrag über Mediendienste der Länder⁴²⁰, daß materiell die

⁴¹⁶ Vgl. *Frank, Günter*, Statt Staatsferne Parteiproporz, FS-Massing, S. 321ff.; *Bullinger, Martin*, AfP 1991, 465 (471); *Hoffmann-Riem, Wolfgang*, AfP 1991, 606.

⁴¹⁷ Vgl. *Depenheuer*, AfP 1997, 669 (673).

⁴¹⁸ Vgl. oben FN 69ff.

⁴¹⁹ Zu damit verbundenen Unklarheiten von *Bonin, Andreas / Köster, Oliver*, ZUM 1997, 821 ff. mwN.

⁴²⁰ S.o. FN 11.