

wesentlichen Inhaltsbindungen der Landespressegesetze für digitale Dienste der „elektronischen Presse“ als passend angesehen werden⁴²¹.

aa. Der verfassungsrechtliche Garantiebereich der Pressefreiheit

Eine Übertragung presserechtlicher Regelungen kommt nur für diejenigen Dienste digitaler Medien in Betracht, die in den verfassungsrechtlichen Garantiebereich der Pressefreiheit einzubeziehen sind. Für andere Dienste könnten selbst presserechtliche Regelungen zu starke Einschränkungen beinhalten. Dort wären lediglich Bindungen zulässig, die sich im Rahmen der allgemeinen Schranken des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG halten.

Die Begriffsbestimmung des § 7 LPGe bezieht sich nur auf Druckwerke, also auf verkörperte Kommunikationsinhalte. Zwar kann eine einfachgesetzliche Begriffsbestimmung den verfassungsrechtlichen Pressebegriff und damit den Schutzbereich der Pressefreiheit nicht eingrenzen. Presse wird jedoch historisch und auch im Sinne von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG als die Massenvervielfältigung und -verbreitung *verkörperlichter* Gedanken verstanden, ob in Form von Bildern, Broschüren oder Flugblättern, Kassetten oder Platten.⁴²² Die Kommunikation digitaler Inhalte kombiniert Elemente körperlicher und unkörperlicher Verbreitung.⁴²³ Dadurch verliert die Körperlichkeit von Kommunikationsinhalten ihre Bedeutung als allein entscheidendes Zuordnungsmerkmal zu bestimmten Kommunikationsformen und Rechtsregimen. Nur dort, wo gerade wegen der Körperlichkeit von Inhalten Regeln bestehen, die deshalb auf die Kommunikation digitaler Inhalte nicht passen, scheidet eine Übertragung dieser Regeln⁴²⁴.

Daher ist nicht von vornherein ausgeschlossen, die Kommunikation digitaler Informationen annexweise unter den Schutz der Pressefreiheit fallen zu lassen, soweit sie der Presse funktionell oder strukturell entspricht oder nahesteht.⁴²⁵ Für die „elektronische Presse“ als funktionelles Pressesurrogat ist dies weithin anerkannt.⁴²⁶ Funktionell treten

⁴²¹ Der MDStV statuiert für „journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote, in denen vollständig oder teilweise Inhalte periodischer Druckerzeugnisse in Text oder Bild wiedergegeben oder in periodischer Folge Texte verbreitet werden“ eine Impressumspflicht (§ 6 Abs. 2 S. 1 MDStV). Ein Verstoß gegen § 6 Abs. 2 MDStV ist gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 MDStV bußgeldbewehrt. Auch sind die Anbieter dieser Dienste wie Rundfunkveranstalter und Priesstätige zur Prüfung von Nachrichten auf Inhalt, Herkunft und Wahrheit (§ 7 Abs. 2 S. 2 MDStV) und zur Veröffentlichung von Gegendarstellungen (§ 10 MDStV) verpflichtet.

⁴²² Vgl. die Begriffsbestimmung in den LPGen, z.B. § 7 LPGBW; ferner *Bullinger / Mestmäcker*, Multimediadienste, S. 61, Löffler - *Bullinger*, § 1 Rn. 68ff.

⁴²³ Vgl. *aa. Die Kombination von Elementen körperlicher und unkörperlicher Inhaltsweitergabe als Strukturmerkmal der neuen Formen digitaler Kommunikation*, S. 57.

⁴²⁴ Vgl. oben *a. Urheberrecht*, S. 68, *b. Strafrecht*, S. 73, *c. Jugendschutzrecht*, S. 79.

⁴²⁵ *Bullinger/Mestmäcker*, Multimediadienste, a.a.O..

⁴²⁶ *Bullinger*, in: ders. (Hrsg.), *Rechtsfragen der elektronischen Textkommunikation*, München 1984, S. 16 ff.; *ders* in Löffler, *Presserecht*, Einleitung Rn. 4; *Gersdorf, Hubertus*, *Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation*, S. 147, 163 f.; *Scholz, Rupert*, *Audiovisuelle Medien und bundesstaatliche Gesetzgebungskompetenz*, S. 14, 28ff., 35; *Schmitt Glaeser, Walter*, *Kabelkommunikation und Verfassung*, S. 184; *Tettinger, Peter J.*, *Neue Medien und Verfassungsrecht*, 1980, S. 24; weitergehend *AK-GG-Bothe*, 2. Aufl. 1989, Art. 75 Rn. 11, *Rundfunkreferenten der Länder*, Beratungsergebnis vom 17.7.95, Medien

auch weitere ausdifferenzierte Formen elektronisch verbreiteter Inhalte immer mehr an die Stelle von Druckwerken: Statt durch das Aufhängen von Plakaten werden etwa Informationen durch den *upload* einer WWW-Seite oder durch „*Postings*“ in *newsgroups* weitergegeben. Eine Programmzeitschrift im Internet, in der der Nutzer gleich Ausschnitte aus den angekündigten Sendungen und Filmen sehen kann, ersetzt ihr Papierpendant und kann es durch ihren höheren Informationswert allmählich ganz vom Markt verdrängen.

Ähnlich liegt es bei digitalen Inhalten, die aus Kostengründen körperlich nicht verbreitet würden. Viele *online*-Zeitungen und -magazine im WWW wären auf Papier für die Herausgeber noch zu teuer und könnten überdies kaum einen so breiten Leserkreis erreichen wie in unkörperlich kommunizierter Form. Dennoch sind sie funktionell presseähnlich, weil sie an die Stelle eines hypothetischen Papierpendants treten.

Schwieriger fällt die Zuordnung, wenn es um Inhalte jenseits der bekannten Formate geht. So schreiben Menschen Tagebuch auf einer WWW-Seite, wodurch ein Inhalt, der typischerweise nie oder nur höchst individuell kommuniziert wird, plötzlich ein Massenpublikum erreichen kann. Allen vielen Stellen im WWW finden sich (kommentiert oder unkommentiert) Sammlungen von Querverweisen (*hyperlinks*), die täglich ergänzt und verändert werden. Auf Papier hätten solche Listen wenig Sinn, weil sie nicht die Funktion böten, durch „Anklicken“ unmittelbar zu dem dahinterstehenden Inhalte zu führen. Bei derartigen Inhalten ist zweifelhaft, ob sie funktionell an die Stelle der Druckpresse treten. Dagegen spricht, daß ihnen das strukturelle Presseumfeld fehlt, das gerade für periodisch erscheinende Druckwerke typisch ist und von der Pressefreiheit besonders geschützt wird: Zu ihrer Entstehung sind keine „institutionell-organisatorischen Voraussetzungen und Rahmenbedingungen“⁴²⁷ wie Recherchebedürfnis, redaktionelle Arbeit und Berichtsfunktion erforderlich. Dafür spricht aber, daß es auf das Periodische für den Pressebegriff nicht ankommt. Auch kann nicht ausschlaggebend sein, ob ein Verleger solche Inhalte je herausgebracht hätte, weil das Neue digitaler Kommunikation gerade darin besteht, daß sie keinen Verleger braucht.

Für eine Einbeziehung digitaler Kommunikation in den Pressebegriff spricht auch, daß die Angebotsstruktur der Presse im Hinblick auf die Vielfalt ihrer Inhalte und Akteure an die der digitalen Medien erinnert. So finden sich im Pressebereich, wie etwa auch im Internet, zahlreiche auch kleinere Inhalteanbieter, die einzelne - auch chaotische - Informationen (Flugblatt, Broschüre) genauso anbieten wie redaktionell zusammengestellte Inhalte (Zeitung, Zeitschrift). Auch erinnern Verbreitungsvorgänge wie etwa der Einzelabruf von Spielfilmen (*video-on-demand*) an den Vertrieb unter den Pressebegriff

Dialog 1995, Heft 8. Ablehnend gegenüber der funktionellen Gleichstellung der elektronischen mit der geschriebenen Presse Jarass, Hans D., Gutachten zum 56. DJT, 1986, G 15f., Rn. 13; Scherer, Telekommunikationsrecht und Telekommunikationspolitik, S. 600, 603ff.; Schulz, ZUM 1996, 487 (496); gegen jede funktionelle Betrachtungsweise VG Saarl. v. 31.3.95, AfP 1995, 619 (621).

427

Vgl. BVerfGE 85, 1.

fallender Erzeugnisse gleichen Inhalts wie etwa Videokassetten. Eine *mailing list* kann etwa auch als ein kontinuierliches Verbreiten von Flugblättern an eine sich durch ständiges Abmelden und Hinzukommen verändernde Allgemeinheit gesehen werden⁴²⁸.

Nicht nur digitale Inhalte, die „Funktionsnachfolger“⁴²⁹ existierender Druckpresseerzeugnisse sind, fallen also in den sachlichen und ihre Anbieter in den persönlichen⁴³⁰ Schutzbereich der Pressefreiheit. Es kommt nur darauf an, ob ein Inhalt, wäre er auf Papier gedruckt oder auf einem Ton- oder Bildträger verkörpert, unter die Pressefreiheit fiele und presseähnlich kommuniziert wird.

bb. Gesetzliche Übertragung presserechtlicher Regulierung auf digitale Inhalte

Im Unterschied zu den anderen behandelten Rechtsgebieten stellt sich für das Presserecht nicht die Frage, ob die Auslegung bestehender Regeln deren Anwendbarkeit auf neue digitale Kommunikationsformen ergibt. Eine Übertragung presserechtlicher Bindungen ist durch den Mediendienstestaatsvertrag⁴³¹ der Länder gesetzlich vorgenommen worden. Für Dienste nach § 6 Abs. 2 MDStV sind presserechtliche Inhaltsbindungen wie die Impressumspflicht (§ 6 Abs. 2 S. 1 MDStV), die Pflicht zur Prüfung von Nachrichten auf Inhalt, Herkunft und Wahrheit (§ 7 Abs. 2 S. 2 MDStV) und zur Veröffentlichung von Gendarstellungen (§ 10 MDStV) normiert. Diese Übertragungen müßten verfassungskonform und rechtspolitisch sinnvoll sein.

(1) *„Journalistisch-redaktionelle Gestaltung“ als funktionelle Eingrenzung des § 6 Abs. 2 MDStV*

Die genannten Vorschriften zielen auf die typische „elektronische Presse“. Für andere periodisch verbreitete Texte wie den „virtuellen Loseblattroman“ passen sie dagegen nicht, weil es diesem an typischen pressemäßigen Rahmenbedingungen fehlt. Deshalb verlangen die Regeln auch eine „journalistisch-redaktionelle Gestaltung“ des Inhalts. Dieses Merkmal ist nur dann geeignet, unpassende Regulierung neuer ausdifferenzierter Kommunikationsformen zu verhindern, wenn es funktionell verstanden wird: Nur solche periodischen digitalen Textdienste fallen unter § 6 Abs. 2 MDStV, die in Angebot und Nutzung als Äquivalent zu einer (wenn auch hypothetischen) Papierzeitung oder Papierzeitschrift zu bezeichnen sind⁴³².

⁴²⁸ Vgl. dazu *Bullinger*, JZ 1996, 385 (388) mwN; Löffler - *Bullinger*, § 1 Rn. 33 ff., insbes. Rn. 37 für die nicht-professionelle Presse.

⁴²⁹ *Bullinger*, JZ 1996, 385 (387).

⁴³⁰ Der persönliche Schutzbereich der Pressefreiheit wird traditionell weit gefaßt. Nach BVerfGE 77, 346 (354) – Pressegrosso, das auch den Pressegrössisten in den persönlichen Schutzbereich unabhängig davon aufnimmt, ob er selbst publizistische Absichten verfolgt, wird zumindest der Anbieter nach § 5 II TDG / MDStV, aber wohl auch noch der Zugangsvermittler nach § 5 III TDG / MDStV geschützt sein.

⁴³¹ FN 11.

⁴³² Nicht eindeutig LG Düsseldorf, Beschluß vom 29.4.98 (Az.: 12 O 132/98), CR 1998, 431, dem es bei privaten Homepages allein auf die Periodizität der Änderungen anzukommen scheint.

(2) *Verfassungskonforme Auslegung des § 10 MDSStV*

Selbst so eingegrenzt begegnet insbesondere die Übertragung der Gegendarstellungsverpflichtung auf digitale (elektronische) Presse noch Bedenken. Die Vorschrift, die den Erlass einer einstweiligen Verfügung⁴³³ ermöglicht, aufgrund derer ein Anbieter einen anderen oder zusätzlichen Inhalt verbreiten muß, als er aus seiner eigenen freien Entscheidung heraus verbreitet hätte, stellt einen staatlichen Eingriff in die Pressefreiheit dar.⁴³⁴ Dieser Eingriff müßte für die elektronische Presse zu rechtfertigen sein.

Für die Druckpresse ergibt sich eine Rechtfertigung daraus, daß im Interesse des Ehrenschutzes dem von kritischen Tatsachenbehauptungen Betroffenen im Sinne einer *Waffengleichheit*⁴³⁵ die Möglichkeit der zeitnahen Erwiderung gegeben werden muß.⁴³⁶ Die Notwendigkeit des Gegendarstellungsanspruchs entspringt also aus der Tatsache, daß der Zugang zu traditionellen Druckpresseeerzeugnissen nicht jedermann offensteht, vielmehr der Betroffene keine Möglichkeit hat, sich mit seiner Richtigstellung unmittelbar an einen identischen Leserkreis zu wenden.⁴³⁷ Nur soweit diese Möglichkeit auch bei der elektronischen Presse fehlt, kann dort ein Gegendarstellungsanspruch so gerechtfertigt werden.

Mediendienste und speziell die Dienste des Internet zeichnen sich dadurch aus, daß sie interaktiv sind, also grundsätzlich dem Nutzer jederzeit die Gelegenheit zur Rückäußerung und Partizipation geben. Bei *mailing lists*, die bei flugblattähnlicher journalistisch-redaktioneller Gestaltung auch unter § 6 Abs. 2 MDStV fallen können, ist der Betroffene sofort zur Rückäußerung an denselben Personenkreis in der Lage, ohne daß er der Erlaubnis des Herausgebers der Liste oder des Zugangs zu einem Presseezeugnis bedarf. Ebenso verhält es sich etwa mit *newsgroups*, soweit sie unter die Vorschrift fallen. In derartigen Fällen ist die Einräumung eines Gegendarstellungsanspruches gegen den Inhaltsanbieter des Mediendienstes nicht erforderlich, weil in Gestalt der interaktiven Rückäußerungsmöglichkeit eine gleich effektive, aber weniger in die Pressefreiheit eingreifende Verteidigungsmöglichkeit des Betroffenen besteht. Auch bei Produkten „elektronischer“ Presse im engeren Sinn besteht in der Regel die Möglichkeit für den Leser, direkt in Form eines elektronischen Leserbriefs die Inhalte der Artikel zu kommentieren. Diese Leserbriefe sind oft – im Unterschied zum Druckpendant – sofort und unredigiert an gleicher Stelle wie der entsprechende Artikel für die Leser des Dienstes abrufbar.⁴³⁸ Häufig bieten die Publikationen der „elektronischen“ Presse als Zusatzan-

⁴³³ Vgl. § 10 III MDSStV.

⁴³⁴ Vgl. die amerikanische Rechtslage, nach der die Einräumung von Gegendarstellungsrechten in der Presse – anders als im Rundfunk – einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die Freiheit der Pressetätigen darstellt. *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974).

⁴³⁵ Löffler - *Bullinger*, § 1 LPG Rn. 277ff.

⁴³⁶ Vgl. Löffler - *Sedelmeier*, § 11 LPG, Rn. 20ff.

⁴³⁷ BVerfGE 73, 118 (201); E 63, 131 (142ff.). Zu neueren Entwicklungen im Einzelnen *Soehring*, NJW 1997, 360 (370ff).

⁴³⁸ Vgl. etwa den Informationsdienst <http://futurezone.orf.at>.

gebot auch Diskussionsforen an, in denen die Inhalte der Publikation diskutiert werden können. Dort „angeschlagene“ Nachrichten sind sofort und in der Regel unredigiert für andere interessierte Nutzer lesbar.⁴³⁹ Hier kann es jedoch an der Publikation der Gegendarstellung an herausgehobener Stelle (an gleicher Stelle wie die Tatsachenbehauptung, gegen die vorgegangen wird) fehlen, so daß nicht jeder Leser der Tatsachenbehauptung auch von der Gegendarstellung erreicht wird.

Im auf gleichberechtigten Diskurs angelegten digitalen Medium Internet ist es aber jedermann jederzeit möglich, mit geringem Aufwand eine eigene Webseite zu erstellen und dort die Richtigstellung zu verbreiten. Die potentiell erreichte Leserschaft ist mit derjenigen des fraglichen Presseerzeugnisses identisch. Der Betroffene ist hinsichtlich Aufmachung, Größe, Inhalt und damit der Überzeugungskraft der Gegendarstellung frei, anstatt sich mit Redakteuren auseinandersetzen zu müssen, die zum Abdruck einer Gegendarstellung gezwungen worden sind.⁴⁴⁰ Der Anspruch des Gegendarstellungsberechtigten kann sich in diesen Fällen auf die Herstellung der für den Betroffenen wichtigen Verknüpfung des beanstandeten Inhalts mit der Gegendarstellung – etwa durch Einfügung eines auf die Gegendarstellung zeigenden *hyperlinks* in den beanstandeten Artikel – beschränken. Darin liegt der bei gleicher Wirkung mildere Eingriff.

Zumindest soweit die für das Zuerkennen eines Gegendarstellungsanspruches erforderliche *Waffengleichheit* in dem Rede stehenden Mediendienst natürlicher Weise besteht oder durch den Inhaltsanbieter eingeräumt wird, ist in digitaler „elektronischer“ Presse ein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch auf eine der Druckpresse entsprechende Gegendarstellung nicht erforderlich. Im Einzelfall ist festzustellen, ob die bestehende Rückäußerungsmöglichkeit im Hinblick auf die erreichte Leserschaft die einem Gegendarstellungsanspruch adäquate Wirkung erzielt oder ob diese durch bloße Einfügung eines *hyperlinks* hergestellt werden kann. Die Gesetzesfassung des § 10 Abs. 1 S. 3 MDStV zeigt diesen Weg bereits auf (die Gegendarstellung ist „in unmittelbarer Verknüpfung“ mit der Tatsachenbehauptung anzubieten), geht ihn aber nicht konsequent zu Ende.⁴⁴¹ Eine solche Regelung kann § 10 MDStV durch verfassungskonforme Auslegung entnommen werden. Eine Gesamtverfassungswidrigkeit des § 10 MDStV liegt daher nicht vor.

(3) *Pflicht zur Gewährung von Sonderrechten für digitale Dienste im Schutzbereich der Pressefreiheit*

Digitalen Diensten werden durch den Mediendienstestaatsvertrag zwar presserechtliche Pflichten auferlegt. Sonderrechte, die der Druckpresse einfachgesetzlich - vielfach aber

⁴³⁹ Vgl. z.B. <http://forums.nytimes.com/>.

⁴⁴⁰ Vgl. zu Schwierigkeiten bei der praktischen Durchsetzung von Gegendarstellungsansprüchen *Seitz / Schmidt / Schoerner*, Der Gegendarstellungsanspruch in Presse, Film, Funk und Fernsehen, Vorwort zur 1. Aufl, zitiert bei *Barton, Dirk M.*, MMR 1998, 294.

⁴⁴¹ Wie insgesamt auf die neuen strukturellen Möglichkeiten digitaler Medien auch auf diesen Aspekt nicht eingehend *Barton*, a.a.O.

verfassungsrechtlich von der objektiven Dimension der Pressefreiheit vorbestimmt - eingeräumt sind, bleiben ihnen aber gleichzeitig vorenthalten.

(a) *Polizeifestigkeit der elektronischen Presse*

§ 18 Abs. 2 MDStV durchbricht den Grundsatz der Polizeifestigkeit der (elektronischen) Presse, indem er präventivpolizeiliche Sperrungen und Untersagungen von digitalen Mediendiensten erlaubt. Die Polizeifestigkeit der Presse ist eine der wesentlichen Errungenschaften des Kampfes um Pressefreiheit⁴⁴². Sie verlangt, daß die öffentliche Verwaltung und insbesondere die Polizei nicht im Wege des allgemeinen Gefahrenabwehrrechts eine Inhaltskontrolle der Presse durchführen kann. Geschichtlich eng verwandt mit dem Zensurverbot, das verbietet, die Verbreitung eines Druckwerkes von einer vorherigen Genehmigung abhängig zu machen, soll die Verwaltungsfestigkeit der Presse bewirken, daß die begonnene oder bevorstehende Verbreitung präventivpolizeilich durch Beschlagnahme unterbunden wird. Gesetzestechnisch wird dies dadurch erreicht, daß die Landespressegesetze spezielle presseschützende Beschlagnahmeverfahren enthalten, die die Anwendung der polizeilichen Generalklausel aus Gründen der Spezialität verhindern. So können Presseerzeugnisse von der Polizei nur nach den §§ 13ff. LPG beschlagnahmt werden, die der Sache nach nur ein Eingreifen im Rahmen der *Strafverfolgung* zulassen.⁴⁴³ Damit wird die Freiheit der Presse von präventivpolizeilicher Beschlagnahme zwar einfachgesetzlich ausgestaltet, gehört aber historisch zum verfassungsrechtlichen Kern der Pressefreiheit.⁴⁴⁴

Der Eingriff in die Polizeifestigkeit wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß mit dem Mediendienststaatsvertrag ein Spezialgesetz vorliegt, daß die Anwendung der polizeilichen Generalklausel ausschließt. Die verfassungsrechtliche Polizeifestigkeit fordert in der Konkretisierung, die sie durch die LPGe und die Rechtsprechung erfahren hat, daß keine Auflagenbeschlagnahme außerhalb des Strafverfahrens stattfindet. Davor schützt § 18 Abs. 2 MDStV die elektronische Presse jedoch gerade nicht. Die Ersetzung der polizeirechtlichen Generalklausel durch eine materiell gleich bindungslose Spezialvorschrift kann allein den Grundsatz der Polizeifestigkeit nicht überwinden.

Für die elektronische Presse kommt eine Auflagenbeschlagnahme nicht in Betracht. Die in vergleichbarer Weise einschneidende Maßnahme ist die Sperrungsanordnung.⁴⁴⁵ Wenn ein elektronischer Inhalt nicht mehr von seinem *server* verbreitet werden kann,

⁴⁴² Ausführlich zur Geschichte der Verwaltungsfestigkeit Löffler - Bullinger, § 1 LPG Rn. 193.

⁴⁴³ Bullinger, a.a.O.; die Beschlagnahmeverfahren der LPGe werden nach h.M. durch die 1975 in die StPO eingefügten Vorschriften der §§ 111 m und n verdrängt. Daher verzichten neuere LPG auch auf eine Aufnahme derartiger Vorschriften. Zur Kompetenzproblematik Löffler - Bullinger, Einl. Rn. 72.

⁴⁴⁴ Bullinger in: Isensee / Kirchhof, HdStR VI, § 142 Rd. 29.

⁴⁴⁵ Während auf die Auflagenbeschlagnahme strafbarer Publikationen meist die Einziehung folgt, wird auf die Sperrungsanordnung die Untersagung des strafbaren Angebots nur folgen, wenn der Autor die betreffenden Inhalte nicht ändert. Diese Korrekturmöglichkeit gibt es nicht bei der Druckpresse.

oder Nutzerabrufe nicht mehr zu ihm durchdringen können, ist die Quelle des Inhalts isoliert, der Inhalt kann nicht mehr zur Kenntnis genommen werden. § 18 Abs. 2 MDStV läßt eine gefahrenabwehrrechtliche Sperrungsanordnung gegen Anbieter zu, wenn die Aufsichtsbehörde einen Verstoß gegen die Bestimmungen des Staatsvertrages feststellt. Mögliche Verstöße sind vor allem gegen die inhaltsbezogenen Vorschriften der §§ 7 Abs. 1; 8 und 9 denkbar.⁴⁴⁶

Obwohl sich historisch die Forderung nach Polizeifestigkeit der Presse gegen die Einflußnahme der *allgemeinen Polizeibehörden* auf Presseinhalte richtete, ändert die im Staatsvertrag vorgesehene Zuständigkeit von Spezialbehörden nichts am Vorliegen eines Eingriffs in den Schutzbereich der Pressefreiheit. Einerseits besteht angesichts der Auffangzuständigkeit der allgemeinen Polizeibehörden oder des Polizeivollzugsdienstes doch noch die Gefahr allgemeinpolizeilicher Einflußnahme auf Inhalte von Mediendiensten, andererseits kann die Verfassungsmäßigkeit einer die Pressefreiheit einschränkenden Maßnahme nicht ausschließlich davon abhängen, wer sie vornimmt. Es ist nicht ersichtlich, warum die Jugendschutzbehörde oder die Aufsichtsbehörde nach § 18 Abs. 1, S. 3 MDStV mehr Rücksicht auf die Pressefreiheit von Diensten nach § 6 Abs. 2 MDStV nehmen sollten als allgemeine Polizeibehörden, zumal ihnen nicht einmal Entschließungsermessen eingeräumt ist.⁴⁴⁷

Nach der Gesetzesbegründung zum MDStV war entscheidender Beweggrund für die Schaffung der durch die Eingriffsermächtigung des § 18 Abs. 2 MDStV gesicherten Verbote der §§ 8 und 9 MDStV, ein wirksames System für den Jugendschutz in den Mediendiensten zu schaffen.⁴⁴⁸ Der Jugendschutz ist gem. Art. 5 Abs. 2, 2. Var. GG ein selbständiger Einschränkungsgrund für die Medienfreiheiten. Ihm kommt dadurch nicht nur Verfassungsrang zu, sondern er vermag auch, die Pressefreiheit entscheidend einzuschränken.⁴⁴⁹ Für die hier in Rede stehende Abwägung zwischen dem Interesse an präventiver, schneller Sperrung von Inhalten im Netz und der Pressefreiheit vermag er jedoch nicht zulasten des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ins Gewicht zu fallen. Der Eingriff durch § 18 Abs. 2 MDStV ist gesetzlich nicht auf jugendgefährdende Inhalte beschränkt, sondern trifft Mediendienste aller Art.

Zudem fehlt es den Ländern schon an der Kompetenz zur Regelung des Jugendschutzes bei Mediendiensten, weil die landesrechtlich geregelten Mediendienste sich nicht in solcher Weise von der bundesrechtlich geregelten Materie der Teledienste unterschei-

⁴⁴⁶ Die offensichtlich zum Schutz der elektronischen Presse eingefügten Ausnahmen in § 18 II MDStV verfehlen indes ihre Wirkung, weil sie derartige Dienste zwar davor schützen, wegen fehlenden Impressums gesperrt zu werden (was wohl auch unverhältnismäßig wäre), aber nicht vor einer präventiv-polizeilichen Sperrung wegen behaupteter strafbarer Inhalte.

⁴⁴⁷ § 18 Abs. 2 S. 1 MDStV bestimmt: „Stellt die jeweils zuständige Aufsichtsbehörde ... einen Verstoß gegen die Bestimmungen dieses Staatsvertrages ... fest, trifft sie die zur Beseitigung des Verstoßes erforderlichen Maßnahmen gegenüber dem Anbieter.“

⁴⁴⁸ Gesetzesbegründung, S. 10f.

⁴⁴⁹ Löffler - *Bullinger*, § 1 Rn. 272.

den, daß die Bundeskompetenz Jugendschutz (Art. 74 Nr. 7 GG) wegen der Besonderheiten der landesrechtlichen Materie (wie etwa beim Rundfunk) dort mitgeregelt werden müßte.⁴⁵⁰

Zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Pressefreiheit ist eine Abwägung nötig⁴⁵¹, bei der der Pressefreiheit im vorliegenden Fall das Interesse an schneller und effektiver Gefahrenabwehr gegenüber, also an der Möglichkeit der Verwaltung, die Verbreitung illegaler Inhalte sofort und ohne die vorherige Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens und die Beachtung der darin zum Zuge kommenden strafprozessualen Sicherungen stoppen zu können. Der bei der Inhaltskontrolle zu erreichende Zeitgewinn ist der besonderen Gefährlichkeit gegenüberzustellen, die von Administrativmaßnahmen für den durch die Presse mitgeförderten Prozeß der offenen Meinungsbildung ausgeht. Für die Druckpresse wurde dies im Sinne eines Zurücktretens der polizeilichen Eingriffsbefugnisse entschieden. Betrachtet man die spezifische Situation der elektronischen Presse, so mag diese wegen ihrer schnellen und weiträumigen Verbreitbarkeit und ihrer jederzeitigen Veränderbarkeit „gefährlicher“ für die Rechtsgüter der öffentlichen Sicherheit erscheinen. Gleichzeitig eröffnet sie einer viel größeren Anzahl von Teilnehmern als die Druckpresse Partizipationsmöglichkeiten im verfassungsrechtlich geschützten Prozeß der offenen Meinungsbildung. Dies kompensiert ihre „spezifische Gefährlichkeit“ und macht sie zugleich viel „verwundbarer“ gegenüber staatlicher Einflußnahme, die in die Kommunikationsinteressen besonders vieler Teilnehmer am Meinungsbildungsprozeß eingriffe. Außerdem ist nicht auszuschließen, daß die zuständigen Behörden gegenüber elektronischen Inhalten, die zur Vermeidung der Sperrung korrigiert werden können, geringere Hemmungen beim Einschreiten haben werden, als bei der Beschlagnahme physikalisch vorhandener und nicht mehr änderbarer Druckerzeugnisse. Darin liegt aber die Gefahr, daß die Drohung mit der Sperrungsanordnung zur direkten Einflußnahme auf Inhalte benutzt wird, die zensurähnlichen Charakter hätte.⁴⁵² Präventivpolizeiliche Einschränkungen von Mediendiensten treffen also den für die Demokratie so wichtigsten Prozeß der Meinungsbildung härter, vor allem je größer die Bedeutung der elektronischen Dienste in Zukunft wird.

§ 18 Abs. 2 MDStV ist, soweit er eine Sperrungsanordnung von Mediendiensten nach § 6 Abs. 2 MDStV außerhalb des strafrechtlichen Ermittlungsverfahren bzw. ohne § 13 ff LPGe entsprechende rechtsstaatliche Sicherungen zuläßt, wegen Verstoß gegen die in Art. 5 Abs. 1, S. 2 GG verbürgte Pressefreiheit verfassungswidrig.

⁴⁵⁰ S. oben *c. Jugendschutzrecht*, S. 79.

⁴⁵¹ Näher zur Abwägung im Rahmen der Pressefreiheit Löffler-Bullinger, § 1 Rn. 256.

⁴⁵² Vgl. BVerfG NJW 93, 1457 – *Teufelstanz*, zur Zensurähnlichkeit selbst strafprozessualer Maßnahmen, wenn der Anbieter noch bemüht ist, eine strafrechtskonforme Fassung des Inhalts anzufertigen.

(b) Informationsanspruch

§ 11 MDStV räumt den Anbietern von periodischen Mediendiensten nach § 6 Abs. 2 MDStV, nicht aber denen von nicht-periodischen Mediendiensten, einen Auskunftsanspruch gegenüber Behörden ein. Dieser Anspruch ist § 4 Abs. 1 und 2 LPGe nachgebildet. Im einzelnen ergeben sich jedoch Zweifel an der Vereinbarkeit dieser Vorschrift mit Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG.

§ 11 MDStV beschränkt den Auskunftsanspruch der Anbieter von Mediendiensten auf periodische Dienste im Sinne des § 6 Abs. 2 MDStV. In der presserechtlichen Parallelbestimmung findet sich keine derartige Einschränkung.⁴⁵³ Vielmehr spricht § 4 Abs. 1 LPGe allgemein von den Vertretern der *Presse*. Der Begriff *Presse* umfaßt jedoch nicht nur – wie der allgemeine Sprachgebrauch nahelegt – die (periodische) Zeitungs- und Zeitschriftenpresse, sondern alle Druckwerke im Sinne des § 7 LPGe.⁴⁵⁴

Die Beschränkung des Auskunftsanspruchs auf periodische Mediendienste stellt dann einen Eingriff in die Pressefreiheit dar, wenn die Gleichbehandlung von periodischer und nicht-periodischer Presse im Bezug auf den Auskunftsanspruch Bestandteil des objektiven Gehalts der verfassungsrechtlichen Pressefreiheit ist. Dabei geht es nicht um die Frage, ob der Informationsanspruch generell oder nur als „Mindeststandard“ direkt aus der Pressefreiheit folgt⁴⁵⁵, sondern ob der Gesetzgeber verfassungsrechtlich gehindert ist, den Informationsanspruch auf die periodische Presse zu beschränken.

Für die Gleichstellung von periodischer und nicht-periodischer Presse bezüglich der traditionell auf der „öffentlichen Aufgabe“ der Presse beruhenden Sonderrechte ist zumindest anerkannt, daß bei Fehlen einer gesetzlichen Festlegung tendenziell auf den weiten – formellen – Pressebegriff des § 7 LPGe zurückzugreifen sei.⁴⁵⁶ Dies wird darüber hinaus auch unmittelbar verfassungsrechtlich begründet.⁴⁵⁷ Daraus ergibt sich, daß die Gleichstellung nicht-periodischer Presse im Bezug auf ihre „Sonderrechte“ insoweit nicht einfachgesetzlich eingeschränkt werden kann, wie sie funktionell der Bedeutung

⁴⁵³ Dennoch geht *Bullinger*, HdStR VI, § 142, Rn. 69 von einer Beschränkung des Auskunftsanspruches auf die periodische Presse aus. Nur in Bayern ist die Gesetzesfassung entsprechend eingeschränkt.

⁴⁵⁴ So auch *Löffler – Wenzel*, Presserecht, § 4 LPGe, Rn. 38.

⁴⁵⁵ Dies ist in der Literatur umstritten; während die Rspr. des BVerwG einer Ableitung des § 4 LPGe aus der Pressefreiheit ablehnend gegenübersteht, vgl. BVerwG NJW 85, 1655; NJW 91, 118, allenfalls die Gewährleistung eines „Mindeststandard“ offengelassen hat. Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage ausdrücklich offengelassen, BVerfG NJW 89, 382. Zum Streitstand *Löffler – Wenzel*, Rn. 16ff.

⁴⁵⁶ So für § 41 I BDSG: *Simitis*, BDSG § 1 Rn. 61; für § 16 GWB werden zwar z.B. Schallplatten ausgenommen, „klassische“ nicht-periodische Druckwerke aber durchaus einbezogen. Vgl. BGHZ 46, 76; BGH WuW 1977, 413.

⁴⁵⁷ Vgl. für das „Medienprivileg“ des § 41 I BDSG: *Simitis*, BDSG § 1, Rn. 61; *Löffler – Bullinger*, § 1 Rn. 202 formuliert, dem § 41 I BDSG komme es entscheidend darauf an, die Pressefreiheit zu konkretisieren. *Deshalb* (Herv. v. Verf.) könnten sich *freie Journalisten* und Schriftsteller, die Bücher schreiben, [...] auf das Medienprivileg des Datenschutzes berufen, da sie ebenfalls unter dem Schutz der Pressefreiheit stehen.

periodischer Druckwerke für die demokratische Staatskontrolle und Willensbildung entspricht.

Ein Verbot der willkürlichen Ungleichbehandlung funktionell gleicher Mediendienste ergibt sich aus dem Gedanken von Art. 3 Abs. 1 GG. So wäre der Gesetzgeber sicher gehindert, den Auskunftsanspruch nur Mediendiensten einer bestimmten Wirtschaftskraft, Organisationsform oder Unternehmensgröße zuzubilligen. Dementsprechende Zweifel ergeben sich auch bei einer Beschränkung auf funktionell nicht unterscheidbare Dienstgruppen.

Mediendiensten wird in Zukunft allein wegen der exponentiell wachsenden Zahl ihrer Anbieter und Nutzer und ihrer zunehmend realisierten Substitutionsfähigkeit für klassische Presseprodukte eine erhöhte Bedeutung für die demokratische Willensbildung zukommen. Immer mehr Menschen erhalten durch sie die Möglichkeit, am öffentlichen Kommunikationsprozeß teilzunehmen und für die demokratische Willensbildung relevante Informationen einer breiten Öffentlichkeit auf einfachem Wege zugänglich zu machen. Diese Bedeutung ist nicht auf periodische Mediendienste beschränkt, vielmehr kommt sie auch einmalig erscheinenden *online*-Reportagen, Internet-Büchern oder unregelmäßig erscheinenden Publikationen im Netz zu. Dies gilt um so mehr, als in digitalen Medien die häufige Versendung nicht-periodischer Inhalte keine Kostennachteile oder sonstigen Zusatzaufwand verursacht. Die Periodizität von Inhalten ist keine Voraussetzung für die Nutzung wichtiger Vertriebskanäle mehr (wie noch bei Abonnementvertrieb, Pressegrasso oder Postzeitungsdienst).

Die Periodizität eines unter die Pressefreiheit fallenden digitalen Dienstes ist ein ungeeignetes Abgrenzungskriterium für die Frage der Informationsberechtigung, anhand dessen sich über die Angewiesenheit der Verantwortlichen auf Behördeninformationen nichts sagen läßt. Beide Publikationsformen werden vom Zweck des Informationsanspruchs umfaßt.⁴⁵⁸ Gleiches ergibt sich auch aus Art. 3 Abs. 1 GG, weil es für die Differenzierung beider Dienstgruppen wegen ihrer funktionellen Bedeutungsgleichheit an einem sachlichen Differenzierungsgrund fehlt. Zwischen ihren Anbietern bestehen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht, die die Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten.⁴⁵⁹ Mit der Beschränkung des Informationsanspruches auf die periodische Presse bleibt der Staatsvertrags-Gesetzgeber daher hinter den objektiven Gehalten der verfassungsrechtlichen Freiheitsgarantien zurück.

Schafft der Gesetzgeber ein im verfassungsrechtlichen Kern der öffentlichen Aufgabe wurzelndes Sonderrecht auch für Mediendienste, so trifft ihn aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG die Pflicht, dieses Sonderrecht allen Diensten zuzugestehen, denen funktionell die gleiche Bedeutung zukommt. § 11 MDStV ist, soweit er Anbietern nicht-periodischer Mediendienste den Auskunftsanspruch gegenüber Be-

⁴⁵⁸ Vgl. Löffler-Wenzel, Rn. 37ff.

⁴⁵⁹ Vgl. sog. „neue Formel“ des Bundesverfassungsgericht, E 55, 72 (88); 85, 238 (244).

hörden verweigert, mit Art. 5 Abs. 2 S. 2 GG iVm Art. 3 Abs. 1 GG nicht vereinbar. Eine verfassungskonforme Auslegung kommt angesichts des eindeutigen Wortlautes des § 6 Abs. 2 MDStV, auf den § 11 Abs. 1 MDStV verweist, nicht in Betracht. § 11 MDStV ist daher verfassungswidrig und nichtig.

Nicht verschwiegen werden soll gleichzeitig, daß damit die auch unter bisherigem Recht kritisierte Abgrenzung zwischen anspruchsberechtigten Pressevertretern und Normalbürgern vollends nivelliert wird. Wer die Herausgabe einer „Alternativzeitung“ noch scheute, hat als Anbieter eines unter die Pressefreiheit fallenden digitalen Dienstes noch einfacher die Möglichkeit, zum Informationsberechtigten zu werden.⁴⁶⁰

(c) Andere Presse-, „Sonderrechte“

Andere herkömmliche Sonderrechte der Presse werden den unter die Pressefreiheit fallenden digitalen Diensten, ob periodisch oder nicht, weder durch den Mediendienste-staatsvertrag noch durch das parallel in Kraft getretene Informations- und Kommunika-tionsdienstegesetz des Bundes⁴⁶¹ eingeräumt. Soweit sich in diesen Privilegien jedoch die objektive Dimension der Pressefreiheit ausdrückt, sind sie auf die digitalen Dienste auszuweiten, auf die die Pressefreiheit Anwendung findet, soweit sich nicht aus der Be-sonderheit der Dienste anderes ergibt. Im Rahmen dieser Arbeit können dazu nur Stich-punkte genannt werden:

Eine Übertragung des datenschutzrechtlichen Medienprivilegs des § 41 Abs. 1 BDSG ist im neuen Datenschutzrecht für digitale Dienste, vgl. §§ 12-17 MDStV und Art. 2 IuKDG nicht enthalten. § 16 Abs. 3 MDStV schränkt lediglich das Informationsrecht eines Betroffenen journalistisch-redaktioneller Datenverarbeitung unter bestimmten Voraussetzungen ein.

Eine Geltung des § 193 StGB wurde für pressemäßige digitale Dienste nicht besonders angeordnet. Seine Geltung wird erst die Rechtsprechung – wie seit 1937 für die Druck-presse – feststellen, soweit die fraglichen Mediendienste sich funktionell in gleicher Lage befinden.

Ein Zeugnisverweigerungsrecht für Angehörige pressemäßiger Mediendienste entspre-chend § 23 LPG fehlt in MDStV und IuKDG genauso wie eine kurze Verjährungsfrist für Inhaltsdelikte pressemäßiger digitaler Dienste entsprechend § 24 LPG.

Ebenso weggelassen wurde eine Privilegierung pressemäßiger digitaler Dienste bei der Verantwortlichkeit von wettbewerbswidrigen Anzeigen entsprechend § 13 Abs. 4 Nr. 1 S. 2 UWG. Dies ist um so bedenklicher im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, als daß § 9 Abs. 2 S. 2 MDStV das Verbot unterschwelliger Werbung ausdrücklich und für alle

⁴⁶⁰ Zu den Abgrenzungsproblemen und zur rechtspolitischen Forderung eines allgemeinen Informa-tionsanspruches, der in den USA und dem europ. Ausland vielfach Gang und Gäbe ist, Löffler-Wenzel, Rn. 22ff.; Schoch, VVDStRL 57 (1998), S. 158ff.

⁴⁶¹ S.o. FN 10.

Mediendienste aufnimmt. Die für das Privileg der Druckpresse akzeptierte Rechtfertigung, nämlich einerseits die sonst zu befürchtende Behinderung wichtiger Publikationsinteressen von Verkehr und Handel und andererseits die finanzielle Abhängigkeit der Presse von der Werbung⁴⁶² trifft dagegen gerade für die neuen digitalen Dienste zu: Elektronische Medien erlangen stetig wachsende Bedeutung als Informationsquelle für Handel und Verkehr. Dabei finanzieren sie sich – wegen der im Internet im Unterschied zum Pressevertrieb weitgehend noch fehlenden Realisierbarkeit vergleichbarer Abonnement- oder Verkaufserlöse⁴⁶³ – meist ausschließlich aus Werbung, sind also hier verwundbarer als die geschützte Druckpresse.

cc. Ergebnis

Die Pressefreiheit hat ein weiteres Anwendungsfeld bei den digitalen Diensten. Durch den Verzicht auf das Merkmal der Verkörperung bei weit verstandener „Funktionsnachfolge“ digitaler Gedankeninhalte in Buch-, Video-/Audio- und Presseerzeugnisse tritt die Pressefreiheit beim Schutz auch audiovisueller Inhalte neben die allgemeine Meinungsäußerungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG. Nach beiden Grundrechten beschränkt sich die zulässige Inhaltsregulierung weitgehend auf das in allgemeinen Gesetzen Enthaltene. Allerdings konnte sich die Presse aus den „Kraftquellen“⁴⁶⁴ des Art. 5 Abs. 1 S. 2 1. Fall GG Privilegien bewahren, die ihr auch dann nicht genommen werden können, wenn ihre Inhalte digital kommuniziert werden. Die inhaltsbezogenen Zusatzpflichten der Presse beruhen zum Teil auf papiertypischen Ungleichheiten, die für digitale Dienste im Schutzbereich der Pressefreiheit keinen verfassungsrechtlichen Bestand haben können.

g. Privatheit der Kommunikation

Die Erweiterung der technischen Möglichkeiten und die Ausdifferenzierung von Kommunikationsdiensten führen zu einer Verlagerung von immer mehr Kommunikationsvorgängen in die Telekommunikation (Steuererklärung; Warenkäufe; Dienstleistungen aller Art, etwa Arbeitsvermittlung, Beratung, Bankgeschäfte; interne Kommunikation etwa von Familien, Unternehmen oder politischen Parteien). Mit dieser Entwicklung steigt die Bedeutung des Vertraulichkeitsschutzes sowohl hinsichtlich der Inhalte als auch der Umstände digitaler Kommunikation.

Dieses wachsende Schutzbedürfnis ist nicht auf vertrauliche bzw. nichtöffentliche Inhalte beschränkt, sondern gilt auch für die individuelle Zuspiegelung öffentlicher Inhalte. So hat ein Abonnent einer „persönlichen Tagesschau“ Interesse daran, daß niemand erfährt, nach welchen inhaltlichen Kriterien er seine Nachrichten zusammengestellt hat

⁴⁶² Vgl. Löffler - Bullinger, § 1 Rn. 219f.

⁴⁶³ S. unten d. Niedrige Eintrittsbarrieren, S. 136.

⁴⁶⁴ Bullinger / Mestmäcker, Multi mediadienste, S. 47.

und welche Werbung er akzeptiert. Steigender Schutzbedarf besteht nicht nur gegenüber dem Staat, sondern auch gegenüber Privaten, etwa der Wirtschaft, die in zunehmendem Maße auf vertrauliche Kundeninformationen angewiesen ist⁴⁶⁵. Unklar ist, ob der Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG auch solche Kommunikation schützt. Zwar wird überwiegend formuliert, daß der Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses auf die individuelle Kommunikation beschränkt sei.⁴⁶⁶ Vergegenwärtigt man sich jedoch einerseits, daß Art. 10 Abs. 1 GG bestimmte „formalisierte Kommunikations- und Vermittlungswege“ schützt⁴⁶⁷ und andererseits, daß die Individualität der Übertragung sich zunehmend von der Öffentlichkeit des Kommunikationsinhalts entkoppelt⁴⁶⁸, wirkt diese Beschreibung unvollständig. Im Bereich des Briefgeheimnisses ist anerkannt, daß eine per Post verschlossen versandte Sendung unabhängig von ihrem Inhalt den Schutz des Art. 10 Abs. 1 GG genießt, also auch, wenn sich in dem Umschlag eine Broschüre, Zeitung oder ein sonstiger öffentlicher Inhalt befindet. Entscheidend ist, daß die Sendung geschützte Inhalte enthalten könnte, was erst durch Kenntnisnahme feststellbar wäre, die das Grundrecht aber gerade verhindern will⁴⁶⁹. Folglich kommt es beim Merkmal „individuell“ nur auf die Individualität der Übertragungs-/ Verbreitungsweise an, nicht aber auf den Inhalt. Gleiches muß für das Fernmeldegeheimnis dann gelten, wenn mittels einer Telekommunikationsverbindung nichtöffentliche Daten übertragen werden könnten⁴⁷⁰. Daraus ergibt sich die Anwendbarkeit des Fernmeldegeheimnisses mindestens auf die typischen Vorgänge der Kommunikation digitaler Inhalte⁴⁷¹, etwa im Internet⁴⁷². Bei jedem *upload*, *download* und bei jeder Einzelversendung etwa durch *e-mail* besteht die Möglichkeit, daß entweder nichtöffentliche Inhalte oder zumindest durch Art. 10 Abs. 1 GG ebenfalls geschützte Umstandsdaten⁴⁷³ des Kommunikationsvorganges mitübertragen werden⁴⁷⁴.

465 Vgl. FN 220f. Zur stärkeren Personalisierung ihres Vertriebs und zur besseren Berücksichtigung von Kundenwünschen bei der Produktion benötigen Unternehmen mehr und mehr persönliche Daten.

466 Vgl. die Hinweise bei Dreier-Hermes, GG, Art. 10 Rn. 34.

467 Schmitt Glaeser, HbStR VI, § 129 Rn. 61.

468 Vgl. *bb. Die Beliebigkeit von Öffentlichkeit als Strukturmerkmal der neuen Formen digitaler Kommunikation*, S. 60.

469 Dreier-Hermes, a.a.O., Rn. 27; jetzt auch Pieroth/Schlink, a.a.O., Rn. 765.

470 Dreier-Hermes, a.a.O., Rn. 35; jetzt auch Pieroth/Schlink, a.a.O., Rn. 773.

471 Vgl. *b. Typische Vorgänge digitaler Kommunikation*, S. 56.

472 So auch Pieroth/Schlink, a.a.O., Rn. 773.

473 Art. 10 Abs. 1 GG schützt auch das Ob, Wann und Wie von Telekommunikation, vgl. BVerfGE 67, 157 (172); vgl. auch § 206 Abs. 5 S. 2 StGB n.F.: „Dem Fernmeldegeheimnis unterliegen der Inhalt der Telekommunikation und ihre näheren Umstände...“; ebenso Sachs-Krüger, GG, Art. 10, Rn. 14; Jarass/Pieroth, GG, Art. 10, Rn. 5.

474 Die ältere Formulierung, Art. 10 GG scheidet „aber von vornherein aus, wenn der Inhalt einer Nachricht schon von der Art ihrer Übermittlung her (z.B. durch Rundfunk) für die Öffentlichkeit bestimmt ist.“, vgl. Schmitt Glaeser, a.a.O., zurückgehend auf Maunz/Dürig/Herzog -Dürig, Art. 10 Rn. 1 und bis heute ohne weiteres übernommen von Jarass/Pieroth, a.a.O., Sachs-Krüger, a.a.O., läuft zunehmend leer, weil sich von der Art der Übertragung kaum noch auf den kommunizierten Inhalt (oder die mitzubehaltenden Umstandsdaten) schließen läßt.

Der Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses erstreckt sich auf alle Daten der Telekommunikation, also etwa auch auf die Tatsache der Kommunikation als solche, auf Absender- und Empfängerangaben, auf Art und Weise der Beförderung, auf Ort und Zeit der Kommunikation und die Häufigkeit bestimmter Kommunikationspartner.

Die Anwendbarkeit des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 1 iVm Art. 2 Abs. 1 GG) auf die neuen Formen der Kommunikation digitaler Inhalte steht außer Frage.

Daraus ergibt sich, daß der Staat zum einen verfassungsrechtlich daran gehindert ist, einfachgesetzliche Regeln in Reaktion auf das Aufkommen digitaler Kommunikation so zu ergänzen oder anzupassen, daß er dadurch in den so gezogenen Schutzbereich der die Privatheit von Kommunikation und ihrer Umstände verbürgender Garantien in nicht zu rechtfertigender Weise eingreifen würde. Zum anderen ist er durch eine sich aus dem objektiven Gehalt beider Grundrechte ergebende Schutzpflicht gehalten, die Privatheit von Kommunikation ausreichend gegen private Eingriffe zu schützen.

aa. Vertraulichkeitsschutz in Strafverfolgung und Strafrecht

Die Regeln zum strafprozessualen und strafrechtlichen Vertraulichkeitsschutz befinden sich derzeit im Stadium der Anpassung an die durch die Freigabe des Wettbewerbs bei der Erbringung von Telekommunikationsleistungen veränderten Strukturen in der Telekommunikation. Dabei sind zweierlei unterschiedliche Entwicklungen zu beobachten:

Einerseits wird angenommen, daß die neue Vielzahl privater Anbieter und die erweiterten Möglichkeiten individueller – auch anonymer und verschlüsselter – Kommunikation digitaler Inhalte deren Kenntnisnahme zu Zwecken der Strafverfolgung erheblich erschweren. Deshalb sollen die staatlichen Befugnisse zum Abhören von Kommunikation erweitert und dadurch auch strafprozessualer Vertraulichkeitsschutz abgebaut werden. Der inzwischen zurückgenommene Entwurf einer Telekommunikations-Überwachungsverordnung (TkÜV)⁴⁷⁵ sah eine Verpflichtung von Telekommunikationsbetreibern vor, auf Anforderung innerhalb kürzester Zeit die gesamte Telekommunikation eines überwachten Nutzers einschließlich deren Umstandsdaten (bei Mobiltelefonie auch die benutzte Funkzelle) bereitzustellen. Die Überwachung sollte sich auf jeden „Anschluß“ des Nutzers beziehen, so etwa auch auf *e-mail*-Adressen oder Mobilfunknummern. Zur Bereitstellung dieser Überwachungstechnologie wurden die Betreiber auf eigene Kosten verpflichtet, wobei der Anwendungsbereich des Verordnungsentwurfs so weit gefaßt war (§ 20 E-TKÜV), daß zahlreiche nichtinstitutionelle Anlagenbetreiber zu erheblichen Aufwendungen verpflichtet worden wären.⁴⁷⁶

⁴⁷⁵ Entwurf der TkÜV, Stand 11.5.1998 abrufbar über <http://www.digital-law.net>. Zur Anpassung der §§ 201 ff. StGB vgl. BegleitG zum TKG v. 17.12.1997 (BGBl. I 3108), dazu *Gundermann, Lukas*, K&R 1998, 48.

⁴⁷⁶ Vgl. dazu *Goltzsch, Patrick u.a.*, Netpol 11, FITUG, Netpol 11 v. 8.11.98; *Ruhmann, Ingo; Schulzki-Haddouti, Christiane*, Holzhammermethoden – Ausweitung der Überwachung bedroht

Im wesentlichen inhaltsgleiche Befugnisse sollen nun europaweit geschaffen werden.⁴⁷⁷ Der dem europäischen Ministerrat vorliegende – und bereits Parlament gebilligte⁴⁷⁸ – Entwurf einer entsprechenden Ratsentschließung bezieht ausdrücklich Internet- und Satellitenkommunikation in seinen Anwendungsbereich ein (Punkt 1. und Teil I, 3.4 des Entwurfs). Inhalte und Umstandsdaten auch solcher Verbindungen sollen „innerhalb weniger Sekunden“ bzw. in Echtzeit zum Abhören bereitgestellt werden. Diese Pläne sind vielfach kritisiert worden⁴⁷⁹. Ohne daß die bisher nur im Entwurfsstadium vorliegenden Pläne hier einer detaillierteren Verfassungsverprüfung unterzogen werden können, wecken die weitgehenden Einschränkungen des Fernmeldegeheimnisses, die als notwendig angesehen werden, um neue Formen digitaler Kommunikation im Bedarfsfall wirksam abhören zu können, Zweifel an ihrer Verhältnismäßigkeit.⁴⁸⁰ Denn es ist zu erwarten, daß selbst diese Befugnisse nicht zum Ziel führen, wenn verstärkt Möglichkeiten anonymer und verschlüsselter digitaler Kommunikation genutzt werden.⁴⁸¹

Steigende Gefahren für die Vertraulichkeit von Telekommunikation gehen in digitalen Medien aber nicht nur vom Staat, sondern mit der erheblichen Zunahme telekommunikativer Wirtschaftskommunikation in besonderem Maße von Privaten aus. Nicht nur infolge der Inpflichtnahme privater Telekommunikationsbetreiber für Abhöraufgaben, sondern auch durch kriminelle Handlungen (*Hacking*, privates Abhören) können Private unbefugt Kenntnis von Inhalten und Umständen von Telekommunikation erlangen, an der sie nicht beteiligt sind. Wo Informationen für kommerzielle Akteure immer wichtiger werden und Informationen immer häufiger durch Telekommunikationsverbindungen ausgetauscht werden, steigt der Anreiz auch für Private, fremde Telekommunikation unbefugt mitzuhören.

Internet-Anbieter, <http://www.heise.de/ct/98/11/074.html>; zur Rücknahme des Entwurfs *Schulzki-Haddouti, Christiane*, Lauschverordnung gestoppt, <http://www.heise.de/ct/98/13/032.html>.

477 Zu Plänen, auf Europäischer Ebene zu einheitlichen Vorschriften beim Abhören von Telekommunikation zu gelangen vgl. Entwurf einer Ratsentschließung betreffend Überwachung des Telekommunikationsverkehrs in Bezug auf neue Technologien (ENFOPOL 98), Dok. Rat 10951/1/98, abrufbar über <http://www.heise.de/tp/deutsch/special/enfo/6332/1.html>. Vorab sind einige zentrale Regelungen von ENFOPOL in den Titel III (Art. 15 ff.) des Entwurfs zum Europäischen Rechtshilfeabkommen in Strafsachen, Ratsdokument 9363/99, Version Copen 11, übernommen worden, abrufbar unter <http://www.quintessenz.at/ftp/macm-draft.pdf>.

478 *Schulzki-Haddouti, Christiane*, EU-Parlament verabschiedet Enfopol-Überwachungspläne, *Telepolis* v. 10.5.1999, <http://www.heise.de/tp/deutsch/special/enfo/6404/1.html>.

479 Zur Kritik an ENFOPOL, vgl. *Schmidt, Arthur P. / Rössler, Otto E.*, Das neue Ermächtigungsgesetz, <http://www.heise.de/te/deutsch/inhalte/glosse/2571/1.html>; *N.N.*, EU will Abhören ohne Richterbeschluß zulassen, *SZ*, 30.11.98, S. 1; *Schulzki-Haddouti, Christiane*, ENFOPOL-Update, <http://www.heise.de/tp/deutsch/special/enfo/6333/1.html>. Inzwischen hat sich eine Internetkampagne "Stoppt Enfopol" organisiert, vgl. Hinweise unter <http://www.freedomforlinks.de>.

480 *Simitis*, (FN 263), S. 305f. spricht davon, wie leicht gerade in digitalen Medien Protektion in Oppression „umschlagen“ kann. Nach einem Gutachten von *Mayer, Heinz* und *Pilz, Michael* verstoßen die Pläne teilweise gegen österreichisches Verfassungsrecht, vgl. Rechtsgutachten unter http://www.quintessenz.at/ftp/enfopol_gutachten.rtf.

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

Der Schutz der Telekommunikation vor derartigen Risiken ist jedoch lückenhaft. § 201 StGB greift bei schon bei sämtlichen digitalen Diensten, die keine Sprachdienste sind, nicht ein, weil er das „geprochene“ Wort voraussetzt⁴⁸², § 202 StGB verlangt ein Schriftstück, d.h. die „Verkörperung“ eines gedanklichen Inhaltes⁴⁸³, wobei auf den im Hinblick auf Inhalte von Datenspeichern geänderten § 11 Abs. 3 StGB⁴⁸⁴ gerade nicht verwiesen wird. § 206 StGB n.F. ist auf Verpflichtete des Post- bzw. Fernmeldegeheimnisses beschränkt, also auf „Inhaber oder Beschäftigte eines Unternehmens ..., das geschäftsmäßig Post- oder Telekommunikationsdienste erbringt“ (§ 206 Abs. 1 StGB) oder „Amtsträger“ (§ 206 Abs. 4 StGB). Außerdem ist das durch § 206 StGB strafbewehrte Verhalten nicht die Verletzung des Fernmeldegeheimnisses selbst, sondern nur die Mitteilung dadurch erlangter Informationen an Dritte. Eine dem Jedermannsdelikt des § 202 StGB entsprechende Auffangvorschrift für nichtverkörperte (digitale) Kommunikation fehlt im StGB, obwohl deren Vertraulichkeitsbedarf wegen ihrer zunehmenden Bedeutung und höheren Anfälligkeit keineswegs geringer einzuschätzen ist. § 43 BDSG kann diese Aufgabe höchstens für die Umstände der Telekommunikation, nicht aber für deren Inhalte, die nicht zugleich persönliche Daten sind, wahrnehmen. § 202a StGB schützt nur Daten, die gegen „unberechtigten Zugang besonders gesichert sind“. Darunter wird für gespeicherte Daten z.B. ein Paßwort, eine Benutzernummer oder eine Verschlüsselung verlangt.⁴⁸⁵

bb. Datenschutzrechtlicher Vertraulichkeitsschutz

Trotz der nicht fristgerecht erfolgten Umsetzung der europäischen Datenschutzrichtlinie in nationales Recht und des Fehlens einer damit verbundenen Revision des Bundesdatenschutzgesetzes⁴⁸⁶ haben Bundes- und Landesgesetzgeber Regelungen geschaffen, die den datenschutzrechtlichen Vertraulichkeitsschutz auf Formen digitaler Kommunikation übertragen sollen. Dazu sind insbesondere die für digitale Dienste geschaffenen Datenschutzbestimmungen der §§ 12ff. MDSStV⁴⁸⁷ und des Teledienstedatenschutzgesetzes (TDDSG)⁴⁸⁸ zu zählen. Sie regeln nicht den Umgang mit Kommunikationsinhalten,

⁴⁸² Vgl. Schönke/Schröder-Lenckner, StGB § 201 Rn. 5.

⁴⁸³ Vgl. Schönke/Schröder-Lenckner, a.a.O. § 202 Rn. 4.

⁴⁸⁴ S. dazu a. Urheberrecht, S. 68.

⁴⁸⁵ Vgl. Schönke/Schröder-Lenckner, a.a.O. § 202a Rn. 8. Selbst bloße Verbote, also auch vertragliche Abreden zwischen Kunde und *mail server*-Betreiber reichen nicht aus. Bei der Organisation seiner Datenbank mag der *mail server*-Betreiber zwar die ein- und ausgehenden *e-mails* seiner Kunden nach deren Benutzernummern (*e-mail*-Adressen) speichern, eine wirkliche Zugangssicherung besteht aber dadurch nicht. Auch die von allen gängigen *mail*-Programmen routinemäßig vorgenommene Verschlüsselung der Nachrichten (z.B. *MIME*) hat wegen ihrer weiten Verbreitung keinen zugangssichernden Charakter. Bei der Benutzung von sicherer Verschlüsselung (z.B. *PGP*, vgl. FN 184) wäre eine besondere Zugangssicherung zwar zu bejahen, der kontrollierende *mail server*-Betreiber könnte aber nur einen straflosen Versuch begehen, weil diese Verschlüsselungsart für ihn nicht zu kompromittieren („knacken“) ist.

⁴⁸⁶ Vgl. FN 161.

⁴⁸⁷ Vgl. FN 11.

⁴⁸⁸ Art. 2 des IuKDG, vgl. FN 10.

sondern mit Umstandsdaten der Kommunikation, erfassen sie diese aber auch, soweit sie bei der Verbreitung von öffentlichen Kommunikationsinhalten⁴⁸⁹ anfallen. Verpflichtete dieser Datenschutzregeln sind nach § 2 TDDSG Anbieter von Telediensten und zwar auch solche, für die das Teledienstegesetz selbst nicht gilt, denn eine § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG entsprechende Ausschlußvorschrift fehlt im TDDSG⁴⁹⁰.

Die den Anbietern auferlegten Pflichten formen durch das Verbot überlanger Speicherzeiten und unerlaubter Weiterverwendung von Daten⁴⁹¹ den Grundsatz der Datensparsamkeit aus. Die zum Zwecke der Übertragung des Datenschutzrechts auf die neuen Kommunikationsformen angestrebte Berücksichtigung technologischer Besonderheiten ist jedoch nicht durchgehend gelungen, weil den *providern* zum Teil technisch kaum erfüllbare Pflichten auferlegt werden. Kein Diensteanbieter ist etwa allein durch eigene technische und organisatorische Vorkehrungen in der Lage sicherzustellen, daß der Nutzer Teledienste gegen Kenntnisnahme Dritter geschützt in Anspruch nehmen kann (§ 4 Abs. 2 Nr. 2 TDDSG). Befindet sich der Nutzer etwa in einem *Local Area Network* (LAN), wird sein Zugriff auf bestimmte Dienste regelmäßig in einem *Logfile* des das LAN steuernden Rechners gespeichert, von dem Dritte Kenntnis nehmen können.

Zudem stellen das wirksame Aufspüren und Verhindern von Datenschutzverstößen ein Problem der neuen Regelungen dar⁴⁹². Solche Verstöße sind zu erwarten, zumal das TDDSG keine Sanktionen für die Verletzung seiner Datenschutzregeln enthält; nur die entsprechenden Vorschriften der §§ 12 ff. MDStV sind bußgeldbewehrt.⁴⁹³ Allerdings bleibt neben der Bereichsvorschrift des TDDSG auch das Bundesdatenschutzgesetz anwendbar⁴⁹⁴, das in § 43 eine Strafvorschrift erhält. Diese bezieht sich jedoch nur auf Handlungen hinsichtlich personenbezogener Daten nach „diesem Gesetz“ (BDSG). Die Erfassung auch des Bereichsdatschutzrechts über den Wortlaut hinaus dürfte mit Art. 103 Abs. 2 GG unvereinbar sein. Die in § 44 BDSG enthaltenen Bußgeldvorschriften beziehen sich ersichtlich nicht auf Verletzungen des TDDSG. So bleiben als wichtigste Sanktionsmöglichkeiten für Datenschutzverstöße die Aufsichtsmaßnahmen nach § 38 BDSG. Danach kann der Betroffene eine Überprüfung der Praktiken seines Telekommunikationspartners verlangen. Maßnahmen nach § 38 Abs. 5 BDSG stehen allerdings im Verwaltungsermessen, das nur in Ausnahmefällen „auf Null“ reduziert sein wird. Darüber hinaus ist schon die Anwendbarkeit des § 38 BDSG auf solche Kommunikationspartner fraglich, denen ein Datenmißbrauch besonders leicht fiele: Geschieht der

489 Welche öffentlichen Kommunikationsinhalte unter TDG bzw. MDStV fallen, ist im Einzelnen unklar. Die Datenschutzregeln beider Gesetze sind jedoch ähnlich. Wenn es sich um Rundfunk handelt (Abgrenzungsvorschrift § 20 II RStV) gilt § 47 RStV.

490 Damit ergibt sich hinsichtlich datenschutzrechtlicher Verpflichtungen von Diensteanbietern nicht das in FN 520 geschilderte Problem.

491 Vgl. §§ 3ff. TDDSG.

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

493 Vgl. § 20 I Nr. 8-14 MDStV.

494 *Engel-Flechsig, Stefan / Maennel, Frithjof A. / Tettenborn, Alexander*, NJW 1997, 2981 (2985).

Vertraulichkeitsbruch hinsichtlich Kommunikationsdaten durch einen durch das TDDSG verpflichteten Anbieter, so wird die Geltung des § 38 BDSG in § 8 Abs. 1 TDDSG ausdrücklich angeordnet. Ist der Verpflichtete aber gleichzeitig Erbringer von Telekommunikationsdienstleistungen nach TKG, gilt nach § 91 Abs. 4 TKG das Kontrollprogramm des § 38 BDSG gerade nicht⁴⁹⁵. Statt dessen wird dort das für die Datenverarbeitung in *öffentlichen Stellen des Bundes* vorgesehene Aufsichtsregime durch den Bundesbeauftragten für den Datenschutz nach §§ 21 ff. BDSG für anwendbar erklärt, der kaum Eingriffs-, sondern nur Beanstandungsbefugnisse hat. Diese mögen für öffentliche Stellen ausreichen, von denen angenommen wird, daß sie auch ohne Zwang Mißstände abstellen. Für private Akteure mit teils massiven wirtschaftlichen Interessen scheint dieses Sanktionssystem ungeeignet. Die wegen dieses Normkonflikts unklare Rechtslage bei Datenschutzverstößen verschiedener Anbieter vermindert die Rechtssicherheit. Es bleibt zu hoffen, daß eine Reform des Bundesdatenschutzgesetzes hier eine Klärung herbeiführen kann. § 206 StGB kommt ebenfalls nicht als Sanktionsvorschrift für Datenschutzverstöße in Betracht, weil die bloße unbefugte *Verwendung* von Telekommunikationsdaten nicht strafbar ist.

cc. Ergebnis

Insgesamt sind die gerade im Hinblick auf die neuen Dienste ergänzten herkömmlichen Vorschriften zwar auf diese übertragbar. Die derzeit bestehende bzw. die im Hinblick auf die digitale Kommunikation vorgesehene gesetzliche Ausgestaltung telekommunikativen Vertraulichkeitsschutzes räumt dem Staat weitere Befugnisse bei der Kontrolle digitaler Kommunikation ein als dies Art. 10 Abs. 1 GG erlaubt, ohne daß ihre praktische Durchsetzbarkeit bereits näher untersucht wäre⁴⁹⁶. Sie schützt einzelne Nutzer weniger vor Eingriffen in ihre kommunikative Vertraulichkeit durch Private als das Grundrecht in seiner objektiv-rechtlichen Dimension verlangt. Auf die zunehmende Bedeutung der telekommunikativen Verbreitung überindividueller Inhalte und den damit einhergehenden Vertraulichkeitsbedarf ist selbst das geänderte Recht nur unzureichend vorbereitet. Es bemüht sich zwar, technologische Besonderheiten digitaler Inhaltskommunikation zu berücksichtigen, verlangt jedoch teilweise technisch Unmögliches von den Diensteanbietern, während gleichzeitig effektive Sanktionen für festgestellten Datenmißbrauch fehlen. Dadurch suggeriert das bestehende Datenschutzrecht dem Nutzer einen Schutz, den es für digitale Kommunikation tatsächlich kaum zu gewähren vermag.

⁴⁹⁵ Vgl. *Hermeler, Angelika* in Holznapel, Bernd, Das Telekommunikationsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1998, <http://www.uni-muenster.de/Jura.tkr/Materialien/TKR-Skript.pdf>, November 1998.

⁴⁹⁶ Vgl. dazu unten 4. Kapitel: *Fehlende Durchsetzbarkeit staatlicher Regulierung der Kommunikation digitaler Inhalte*, S. 162.