



ZUR SACHLICHEN ZUSTÄNDIGKEIT DER LANDESANSTALT FÜR MEDIEN NRW IM HINBLICK AUF DIE REGULIERUNG VON INHALTEN IN GRUPPEN UND KANÄLEN VON MESSENGERDIENSTEN AM BEISPIEL „TELEGRAM“

Rechtsgutachten im Auftrag
der Landesanstalt für Medien NRW
27. August 2020

Prof. Dr. Christian von Coelln

INHALTSVERZEICHNIS

A. DIE FRAGESTELLUNG UND DIE VORGEHENSWEISE	04
B. DER MESSENGERDIENST „TELEGRAM“	04
I. PRINZIPIELLES	04
II. DIE KOMMUNIKATION ÜBER TELEGRAM	04
1. Private Chats	04
2. Geheime Chats	05
3. Gruppen	05
4. Kanäle	05
III. DER UMGANG MIT MELDUNGEN ZU ILLEGALEN INHALTEN	06
C. DIE MEDIENRECHTLICHE EINORDNUNG VON TELEGRAM	06
I. DER BEGRIFF „TELEMEDIEN“	06
II. DIE MERKMALE IM EINZELNEN	07
1. Elektronischer Informations- und Kommunikationsdienst	07
2. Keine (bloße) Telekommunikation	07
a) Kein Telekommunikationsdienst nach § 3 Nr. 24 TKG, der ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze besteht	07
aa) Die gesetzlichen Merkmale	07
bb) Die Auffassungen der Literatur zur Einordnung von Messengerdiensten	08
cc) Die übergeordnete Diskussion um die Einordnung von OTT-Diensten	09
aaa) Zum Begriff der OTT-Dienste	09
bbb) OTT-Dienste als TK-Dienst gem. § 3 Nr. 24 TKG?	10
ccc) Der Rechtsstreit über die Einordnung von Gmail	10
dd) Die Einordnung von Telegram	11
aaa) Kein TK-Dienst mangels Verantwortung für die Signalübertragung	11
bbb) Jedenfalls kein „reiner“ TK-Dienst	12
ccc) Jedenfalls keine Entgeltlichkeit	12
ee) Zwischenergebnis	13
b) Kein telekommunikationsgestützter Dienst nach § 3 Nr. 25 TKG	13
aa) Die gesetzlichen Merkmale	13
bb) Die Einordnung von Telegram	13
3. Kein Rundfunk	14
a) Die Definition des Rundfunks nach § 2 I 1, 2 RStV	14
b) Die Merkmale der Basisdefinition in § 2 I 1 RStV	14
c) Die fehlende Rundfunkqualität von Telegram	15
III. ZWISCHENERGEBNIS: TELEGRAM ALS TELEMEDIUM	15

D. DIE MÖGLICHKEIT DER VERLETZUNG DES JMSTV IN TELEGRAM-GRUPPEN UND KANÄLEN 16

I. ÖFFENTLICHKEIT ALS VORAUSSETZUNG FÜR TELEMEDIEEN? 16

- 1. Keine Forderung nach Öffentlichkeit in der Definition des Telemedienbegriffs 16
- 2. Der Umkehrschluss aus der Definition der rundfunkähnlichen Telemedien 16
- 3. Telemedien auch bei Diensten der Individualkommunikation 17
- 4. Ergebnis zu I. 17

II. ÖFFENTLICHKEIT ALS VORAUSSETZUNG FÜR EINEN VERSTOSS GEGEN § 4 JMSTV? 18

- 1. Denkbare Modalitäten einer Verletzung von § 4 JMStV 18
 - a) Die Unzulässigkeit bestimmter Angebote, § 4 JMStV 18
 - b) Verbreiten bzw. Zugänglichmachen als Voraussetzung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit 18
 - aa) Öffentlichkeit als Bestandteil von „zugänglich machen“ oder „verbreiten“? 19
 - bb) „Zugänglich machen“ bzw. „verbreiten“ als Voraussetzung für die Unzulässigkeit nach § 4 JMStV 19
- 2. Die einzelnen Tatbestände 20
 - a) Propagandamittel, § 4 I 1 Nr. 1 JMStV 20
 - aa) Propagandamittel i.S.d. § 86 StGB 20
 - bb) Die Tathandlungen des § 86 I StGB 20
 - cc) Die Relevanz der Tathandlungen des § 86 I StGB für § 4 I 1 Nr. 1 JMStV 21
 - aaa) Unzulässigkeit i.S.v. § 4 I 1 Nr. 1 JMStV ggf. auch ohne Strafbarkeit nach § 86 StGB 21
 - bbb) Die bewusste Abkopplung der Verbote des JMStV von den inhaltlich korrespondierenden Straftatbeständen 21
 - dd) Ergebnis zu a) 22
 - b) Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen, § 4 I 1 Nr. 2 JMStV 22
 - c) Volksverhetzende Inhalte, § 4 I 1 Nr. 3 JMStV 23
 - d) Leugnen oder Verharmlosen nationalsozialistischer Taten, § 4 I 1 Nr. 4 JMStV 24
 - aa) Der Tatbestand von § 4 I 1 Nr. 4 JMStV 24
 - bb) Der Vergleich mit § 130 III, IV StGB 24
 - cc) Die (Eignung zur) Störung des öffentlichen Friedens als Korrektiv 25
 - e) Pornografie, § 4 I 1 Nr. 10, II 1 Nr. 1 JMStV 26
 - aa) Kinder-, Jugend-, Tier- und Gewaltpornografie, § 4 I 1 Nr. 10 JMStV 26
 - bb) Sonstige Pornografie, § 4 II 1 Nr. 1 JMStV 27
 - aaa) Der Verbotstatbestand und sein Verhältnis zu § 184 I StGB 27
 - bbb) Die Bedeutung der Regelung zu „geschlossenen Benutzergruppen“ in § 4 II 2 JMStV 27
 - ccc) Ergebnis zu bb) 28

III. ERGEBNIS ZU D. 28

E. ZUSAMMENFASSUNG 28

Impressum 29

A. DIE FRAGESTELLUNG UND DIE VORGEHENSWEISE

Die Landesanstalt für Medien NRW (im Folgenden: LfM) vermutet, dass in den Gruppen und Kanälen des Messengerdienstes Telegram (s. <https://telegram.org>) unzulässige Inhalte i.S.v. § 4 JMStV verbreitet werden. Sie beabsichtigt, dagegen im Rahmen ihrer Zuständigkeit aufsichtlich vorzugehen. Ziel dieses Kurzgutachtens ist die Klärung der Frage, ob einem solchen Vorgehen unabhängig vom Einzelfall prinzipielle rechtliche Hindernisse entgegenstehen.

Nach § 59 II RStV überwacht die LfM als nach Landesrecht (§ 1 II TMZ-Gesetz) bestimmte Aufsichtsbehörde die Einhaltung der Bestimmungen für Telemedien. Damit sie ihre aufsichtlichen Befugnisse aus § 59 III, IV, VI RStV (bzw. zukünftig § 109 MedStV) in den hier interessierenden Fällen in Anspruch nehmen darf, muss sich Telegram hinsichtlich der Gruppen und Kanäle als Telemediendienst einstufen lassen. Das wird im Folgenden nach einer Darstellung des Messengers selbst (im Anschluss B.) speziell mit Blick auf die Abgrenzung zum Telekommunikationsrecht sowie zum Rundfunkrecht erörtert (unten C.).

Zu den für Telemedien geltenden Vorschriften zählt auch der JMStV. Daher gilt es im Anschluss zu klären, inwiefern Vorschriften des JMStV, insbesondere die Vorschrift des § 4 JMStV, durch die in Gruppen und Kanälen verbreiteten Inhalte verletzt werden können. Insofern stellt sich die Frage, inwiefern unzulässige Inhalte einer gewissen Öffentlichkeit bedürfen, um aufsichtliche Befugnisse der LfM auszulösen. Dem soll hier mit Blick die ausgewählten Verbotsstatbestände nach § 4 I 1 Nrn. 1, 2, 3, 4 10, II 1 Nr. 1 JMStV nachgegangen werden. Nur falls ein bestimmtes Maß an Öffentlichkeit gefordert sein sollte, wäre zu klären, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen diese Öffentlichkeit in den Gruppen und Kanälen vorliegt. S. dazu u. D.

B. DER MESSENGERDIENST „TELEGRAM“

I. PRINZIPIELLES

„Telegram“ ist ein sog. Messengerdienst (auch als Instant-Messaging-Dienst bezeichnet). Er ermöglicht die Kommunikation mit anderen Nutzern des Dienstes über Anrufe und Textnachrichten sowie über Bilder, Videos oder sonstige Dateien. Er gilt als populäre Alternative zu „WhatsApp“; mit diesem Dienst ist Telegram seiner Funktionalität nach vergleichbar.

II. DIE KOMMUNIKATION ÜBER TELEGRAM

Die Kommunikation in Form von Textnachrichten sowie Dateien

- Telegram bietet darüber hinaus Audioanrufe und – seit Neuestem – auch Videogespräche an. Diese Funktionalitäten sind jedoch nicht Gegenstand der folgenden Überlegungen. –

ist über Telegram auf unterschiedlichen Wegen möglich: Der Messengerdienst bietet private Chats, geheime Chats, Gruppenchats (kurz: Gruppen) und Kanäle an.

1. Private Chats

Gewissermaßen die Grundform der Kommunikation sind Konversationen zwischen zwei Nutzern des Dienstes. Sie werden (in Abgrenzung zu den im Folgenden behandelten geheimen Chats und Gruppenchats/Gruppen) als private Chats bezeichnet.

- S. hierzu und zu den weiteren Beschreibungen der Kommunikationsformen sowie der Funktionsweise von Telegram die Selbstdarstellung des Dienstes unter <https://telegram.org/faq/de>. –

Diese Chats lassen sich von beliebigen Endgeräten lesen und fortsetzen, auf denen der jeweilige Nutzer angemeldet ist. Telegram ist – das unterscheidet den Dienst u.a. von WhatsApp – ein synchronisierter Cloud Messenger. Die Inhalte der privaten Chats (sowie der unten behandelten Gruppenchats) werden auf Servern des Anbieters in der sog. Telegram-Cloud gespeichert. Für die Übermittlung der Nachrichten kommt eine Client-Server/Server-Client-Verschlüsselung zum Einsatz: Die Kommunikation wird also vom Nutzergerät zum Server sowie vom Server zum Nutzergerät verschlüsselt.

2. Geheime Chats

Eine Client-Client-Verschlüsselung (Ende-zu-Ende-Verschlüsselung) kommt nur bei sog. geheimen Chats zum Einsatz. Diese stellen eine technische Sonderform der Chats zwischen zwei Nutzern dar.

- Telegram selbst spricht auf Grund der technischen Besonderheiten mit Blick auf Cloud Chats einerseits und geheime Chats andererseits von unterschiedlichen Chatarten. –

Folge der besonderen Verschlüsselung ist, dass geheime Chats nur auf den Endgeräten genutzt werden können, von denen sie gestartet wurden. Die in geheimen Chats ausgetauschten Nachrichten werden nicht in der Telegram-Cloud gespeichert.

Darüber hinaus weisen geheime Chats noch zwei weitere Besonderheiten auf: Zum einen bieten sie die Möglichkeit, Nachrichten zu erstellen, die sich nach einiger Zeit selbst löschen („Selbsterstörungsmodus“). Und zum anderen lassen sie die Weiterleitung von Nachrichten nicht zu.

3. Gruppen

In Gruppenchats/Gruppen kommunizieren mehr als zwei Telegram-Nutzer miteinander, die Mitglied der jeweiligen Gruppe sind. Telegram lässt bis zu 200.000 Nutzer pro Gruppe zu. Gruppenmitglieder können sehen, welche anderen Nutzer Mitglieder der Gruppe sind.

Hinsichtlich der Verschlüsselung und der Nutzbarkeit auf verschiedenen Geräten entsprechen Gruppen den bereits dargestellten privaten Chats. Ende-zu-Ende-Verschlüsselung für Gruppen wird nicht angeboten; sie bleibt geheimen Chats vorbehalten.

Telegram-Nutzer können als Mitglieder zu einer Gruppe hinzugefügt bzw. zu dieser eingeladen werden. Es ist zudem möglich, Gruppen öffentlich zu stellen. In diesem Fall kann jeder Nutzer beitreten.

Auch hinsichtlich der Lese- und Schreibrechte bieten Gruppen verschiedene Konfigurationsmöglichkeiten: Es lässt sich einstellen, ob neue Mitglieder Zugriff auf frühere – also vor Beginn ihrer Gruppenmitgliedschaft gepostete – Nachrichten haben oder nicht. Die Schreiberlaubnis kann allen Mitgliedern für alle Arten von Inhalten zugestanden werden. Sie kann aber auch gegenständlich – allen Mitgliedern ist das Senden bestimmter Arten von Inhalten untersagt – oder personell – bestimmten Mitgliedern ist das Senden von Nachrichten in die Gruppe untersagt – beschränkt werden.

4. Kanäle

Kanäle sind ein Weg für die Verbreitung öffentlicher Nachrichten an eine unbegrenzte Zahl von Empfängern. Die Mitglieder des Kanals, also die Nutzer, die ihn abonniert haben, können die anderen Abonnenten nicht sehen.

Schreiberlaubnis haben nur der Kanalersteller und die Administratoren des Kanals. Die jeweiligen Nachrichten werden nur unter dem Namen des Kanals publiziert, nicht unter dem Namen des Autors.

Wer einen Kanal abonnieren – und damit die in ihm versandten Nachrichten lesen – kann, hängt von der Art des Kanals ab: Öffentliche Kanäle haben einen Benutzernamen. Sie können von jedem Telegram-Nutzer mit einer Suchfunktion gefunden und dann abonniert werden. Dagegen ist ein Beitritt zu privaten Kanälen nur dadurch möglich, dass man vom Ersteller hinzugefügt wird oder dass man einem Einladungslink folgt.

III. DER UMGANG MIT MELDUNGEN ZU ILLEGALEN INHALTEN

Wie Telegram mit Hinweisen auf illegale Inhalte umgeht, hängt ausweislich der Selbstdarstellung des Dienstes davon ab, auf welche Form der Konversation sich diese Hinweise beziehen: Alle Chats und Gruppen-Chats seien „Privatsache der jeweiligen Nutzer“; Telegram nehme keine Anfragen dazu an, derartige Chats zu bearbeiten.

Anders verhält es sich bei Kanälen: Diese betrachtet Telegram als öffentlich. Legitimen Anfragen bezüglich illegalen, öffentlichen Inhalten müsse Telegram nachgehen und solche Inhalte löschen. Dafür wird u.a. eine spezielle E-Mail-Kontaktadresse angeboten.

C. DIE MEDIENRECHTLICHE EINORDNUNG VON TELEGRAM

Voraussetzung für die Zuständigkeit der LfM ist, dass es sich bei Telegram um ein Telemedium handelt.

– S.o. A. –

I. DER BEGRIFF „TELEMEDIEN“

Der JMStV definiert den Begriff der Telemedien seit längerer Zeit nicht mehr selbst.

– Anders noch die ab dem 1.4.2003 geltende Ursprungsfassung des JMStV: Nach § 3 II Nr. 1 JMStV 2003 waren Telemedien „Teledienste im Sinne des Teledienstegesetzes und Mediendienste im Sinne des Mediendienstestaatsvertrages, soweit sie nicht Rundfunk im Sinne des Rundfunkstaatsvertrages sind“. –

Die Legaldefinition des Begriffs findet sich vielmehr in § 1 I 1 TMG sowie in § 2 I 3 RStV. Danach sind Telemedien alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 TKG, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 TKG oder Rundfunk nach § 2 I 1, 2 RStV sind. „Elektronische Informations- und Kommunikationsdienste“ stellen also einen Oberbegriff zur Dienstetrias Rundfunk – Telemedien – TK-Dienste dar.

– So ausdrücklich die Begründung zum Entwurf des TMG, BT-Drs. 16/3078, S. 13; s. auch *Kitz*, ZUM 2007, 369. –

Rundfunk und TK-Dienste sind in speziellen Rechtsgrundlagen positiv definiert, die jeweils über gefestigte Anwendungsbereiche verfügen.

– *Jäger*, jurisPR-ITR 4/2007, Anm. 4, II. –

Das TMG beschränkt sich daher ebenso wie der RStV bewusst auf eine negative Abgrenzung zum Rundfunk und zur Telekommunikation.

– So explizit die Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Vereinheitlichung von Vorschriften über bestimmte elektronische Informations- und Kommunikationsdienste (Elektronischer-Geschäftsverkehr-Vereinheitlichungsgesetz – ElGVG) durch die Bundesregierung, BT-Drucks. 16/3078, S. 13. Zur bloßen Negativabgrenzung s. auch *Holznapel*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 2 RStV Rn. 41. Skeptisch zur Behandlung von Telemedien durch das TMG „lediglich als Restgröße“ *Roßnagel*, NVwZ 2007, 744. –

II. DIE MERKMALE IM EINZELNEN

1. Elektronischer Informations- und Kommunikationsdienst

Zunächst müsste es sich bei „Telegram“ um einen elektronischen Informations- und Kommunikationsdienst handeln.

- Zur Abgrenzung nicht nach dem Anbieter, sondern nach dem jeweiligen Dienst *Brock/Schmittmann*, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, 4. Aufl. 2017, Kap. 10 Rn. 17. -

Mit diesem – im RStV und im TMG nicht definierten – Merkmal sind in der Sache solche Dienste gemeint, mit denen Information und Kommunikation auf elektronischem Wege und nicht auf andere Weise (wie z.B. in gedruckter Form) vermittelt werden sollen. Darüber hinaus müssen Telemedien gerade im Wege der Telekommunikation übertragen werden. Die elektronische Übermittlung auf Datenträgern wie z.B. DVDs stellt kein Telemedium dar.

- *Martini*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, 28. Edition Stand 1.8.2019, § 1 TMG Rn. 8 f., mit näheren Ausführungen zum ungeschriebenen Merkmal der Verbreitung gerade im Wege der Telekommunikation. -

„Telegram“ ist ein derartiger Dienst. Das Angebot dient der Vermittlung von Information und Kommunikation gerade auf elektronischem Wege. Die maßgeblichen Inhalte werden per Telekommunikation übertragen.

2. Keine (bloße) Telekommunikation

Darüber hinaus dürfte es sich weder um Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 TKG, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, noch um telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 TKG handeln.

a) Kein Telekommunikationsdienst nach § 3 Nr. 24 TKG, der ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze besteht

aa) Die gesetzlichen Merkmale

§ 3 Nr. 24 TKG definiert in weitgehender

- *Schütz*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 3 Rn. 78. -

Übereinstimmung mit Art. 2 lit. c der Rahmenrichtlinie

- Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. EG Nr. L 108 S. 33. -

Telekommunikationsdienste als in der Regel gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, einschließlich Übertragungsdienste in Rundfunknetzen.

Wegen der Definition des Begriffs der Telemedien stehen diese Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 TKG einerseits und Telemedien andererseits freilich nicht in einem strikten Ausschließlichkeitsverhältnis. § 1 I 1 TMG bzw. in § 2 I 3 RStV schließt aus dem Begriff der Telemedien nur solche elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste gem. § 3 Nr. 24 TKG aus, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen. Da § 3 Nr. 24 TKG Telekommunikationsdienste weiter fasst – die Dienste müssen, wie soeben gezeigt, *ganz oder überwiegend* in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen –, gibt es Überschneidungen: Ein Angebot, das (nur) *überwiegend* in der Übertragung von Signalen besteht, kann Telemedium sein, obwohl es zugleich einen TK-Dienst i.S.v. § 3 Nr. 24 TKG darstellt. Nur wenn es ganz in der Übertragung von Signalen besteht, scheidet die Qualifikation als Telemedium aus.

– Schütz, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 6 Rn. 25. –

Zu diesen „reinen“, ganz in der Signalübertragung bestehenden Telekommunikationsdiensten gehören nach herrschender Meinung alle Telekommunikationsdienste, die Daten ohne die Aufbereitung und Ansehung von Inhalten übertragen und bei denen sich die Leistung damit auf die einfache Transportfunktion reduziert. Hierzu zählen unzweifelhaft die „klassischen“ Telekommunikationsdienste wie z.B. die Bereitstellung von Teilnehmeranschlüssen oder die Sprach- und Datenübertragung, aber angesichts der technologieneutralen Formulierung des § 3 Nr. 24 TKG auch VoIP.

– Ricke, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 1 TMG Rn. 6. –

bb) Die Auffassungen der Literatur zur Einordnung von Messengerdiensten

Was das für Messengerdienste wie Telegram bedeutet, darüber besteht in der Literatur eine gewisse Unsicherheit.

So findet sich der Hinweis, die eindeutige technische sowie datenschutzrechtliche Zuordnung der Messengerdienste und damit auch die anzuwendenden Regelungen seien noch unklar.

– Conrad/Hausen, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 36 Rn. 263. –

Sofern man eine Tendenz ausmachen möchte, spricht diese eher für eine Einordnung als Telemedium: Nach der Einschätzung von Conrad/Licht/Strittmatter etwa tendiert die wohl überwiegende Ansicht in der Literatur zur Einordnung als Telemediendienst.

– Conrad/Licht/Strittmatter, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 22 Rn. 208, freilich ohne nähere Belege und mit dem Hinweis auf eine abweichende Haltung der BNetzA. Diese schon in der 2. Aufl. 2016 vertretene Position (dort § 22 Rn. 171) wird auch zitiert von den Wissenschaftlichen Diensten des Bundestags, Sachstand – Regulierung von Messengerdiensten v. 8.12.2016, WD 10 - 3000 - 060/16, S. 8 mit Fn. 22. –

Mit Blick auf § 3 Nr. 24 TKG ist diese Aussage zwar ambivalent: Telemedium kann sowohl ein Dienst sein, der nicht von § 3 Nr. 24 TKG erfasst wird, als auch ein Dienst, der zwar unter die Vorschrift fällt, aber kein „reiner“ TK-Dienst ist. Gemeint ist die Aussage ausweislich ihres Kontextes so, dass die überwiegende Meinung die Einordnung von Messengerdiensten als TK-Dienst nach § 3 Nr. 24 TKG ablehnt.

In dieselbe Richtung zielt – mit etwas defensiverer Formulierung – der Deutsche Anwaltverein, der ausführt, nach der bestehenden Rechtslage sei unklar geblieben, ob und in welchem Umfang Regelungen des TKG auf Messenger Anwendung finden. Im Ergebnis bleibe fraglich, ob Messengerdienste überhaupt Telekommunikationsdienste seien. Es liege am Gesetzgeber, die Anwendung einzelner TKG-Regelungen auf solche neuen Kommunikationsplattformen klarzustellen.

– Stellungnahme 55/2013 des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Informationsrecht zur Anwendung des TKG auf neue Kommunikationsplattformen (bspw. WhatsApp), Dezember 2013, S. 3. –

Am 22.4.2016 hat der Bundesrat einen Beschluss zur Anpassung des Rechtsrahmens an das Zeitalter der Digitalisierung im Telekommunikationsbereich gefasst. Darin spricht er sich „für eine stärkere Gleichbehandlung von Substitutionsprodukten für Telekommunikationsdienste wie Messengerdienste und standortbezogene Dienste mit Telekommunikationsdiensten aus“ und bittet die Bundesregierung, insbesondere die Anwendung bestimmter TKG-Vorschriften für Dienste gleicher Funktionalität sicherzustellen.

– BR-Drs. 88/16 (Beschluss); BR-Drs. 88/16, S. 1. S. dazu auch Wissenschaftliche Dienste des Bundestags, Sachstand – Regulierung von Messengerdiensten v. 8.12.2016, WD 10 - 3000 - 060/16, S. 8. –

Alles in allem verfestigt sich so der Eindruck einer überwiegenden Meinung, dass Messenger (de lege lata) nicht unter § 3 Nr. 24 TKG zu subsumieren sind.

cc) *Die übergeordnete Diskussion um die Einordnung von OTT-Diensten*

Insofern entspricht die Diskussionslage der gewissermaßen übergeordneten Debatte um die Zuordnung sog. „over-the-top“- oder kurz OTT-Dienste.

aaa) *Zum Begriff der OTT-Dienste*

Der bisher nicht kodifizierte Begriff beschreibt als „Metakategorie“ Dienste, die unabhängig vom Internetzugangsanbieter des jeweiligen Nutzers über das offene Internet erbracht werden,

– Schubert, MMR 2020, 350. –

also unabhängig von einer konkreten Telekommunikationsinfrastruktur auf Grundlage des Internetprotokolls über TK-Netze.

– Wissenschaftliche Dienste des Bundestags, Sachstand – Regulierung von Messengerdiensten v. 8.12.2016, WD 10 - 3000 - 060/16, S. 6. Umfassend GEREK, Draft Report on OTT Services, BoR (15) 142, 2015, abrufbar unter: http://bereg.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/bereg/public_consultations/5431-draft-bereg-report-on-ott-services. Zur technischen Funktionsweise einzelner OTT-Dienste *Grünwald/Nüßing*, MMR 2016, 91 ff. –

Ihre Nutzung ist im Gegensatz zu klassischen TK-Diensten wie Telefonie oder SMS nicht an einen bestimmten Festnetz- oder Mobilfunkanschluss gebunden.

– Bundesnetzagentur, Nutzung von OTT-Kommunikationsdiensten in Deutschland, Bericht 2020, S. 5, abrufbar unter <https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Mediathek/Berichte/2020/OTT.pdf>. –

Bekanntere Beispiele für OTT-Dienste sind Suchmaschinen wie Google, Videoplattformen wie Youtube, soziale Netzwerke wie Facebook oder Twitter sowie Messaging-Plattformen wie WhatsApp.

– S. hierzu die Stellungnahme des Wissenschaftlichen Arbeitskreises für Regulierungsfragen (WAR) bei der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen v. 15.7.2016, abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Allgemeines/DieBundesnetzagentur/WAR/Stellungnahmen/Stellungnahme_OTT.pdf, S. 1. Zur Einordnung insbesondere von Messaging- und Internettelefoniediensten s. auch Bundesnetzagentur, Nutzung von OTT-Kommunikationsdiensten in Deutschland, Bericht 2020, S. 5, abrufbar unter <https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Mediathek/Berichte/2020/OTT.pdf>. –

Innerhalb der OTT-Dienste findet sich die Binnendifferenzierung in OTT-1/OTT-I-Dienste (= OTT-Kommunikationsdienste) einerseits sowie OTT-2/OTT-II-Dienste (= OTT-Inhaltsdienste) andererseits.

– S. einmal mehr die vorstehend zitierte Stellungnahme des Wissenschaftlichen Arbeitskreises für Regulierungsfragen (WAR) bei der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen v. 15.7.2016, S. 1. –

In diesen Kategorien sind Messengerdienste wie WhatsApp, Skype und E-Mail-Dienste OTT-1-Dienste.

– Wissenschaftliche Dienste des Bundestags, Sachstand – Regulierung von Messengerdiensten v. 8.12.2016, WD 10 - 3000 - 060/16, S. 7. –

bbb) OTT-Dienste als TK-Dienst gem. § 3 Nr. 24 TKG?

Die oben zunächst speziell für Messenger skizzierte Debatte über ihre rechtliche Einordnung ist in Wahrheit nur ein Ausschnitt eines umfassenderen Themas: Auch die Zuordnung der OTT-Dienste insgesamt ist Gegenstand intensiver Diskussion.

- *Ricke*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 1 TMG Rn. 8: Zuordnung von OTT-Diensten äußerst umstritten. -

Diese wird nicht nur *de lege lata*, sondern auch *de lege ferenda* geführt. Die BNetzA weist darauf hin, mit der Umsetzung des Europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation durch eine Novelle des Telekommunikationsgesetzes (TKG) würden diese Dienste – also die OTT-Dienste – zukünftig in die Telekommunikationsregulierung aufgenommen.

- *Bundesnetzagentur*, Nutzung von OTT-Kommunikationsdiensten in Deutschland, Bericht 2020, S. 48, abrufbar unter <https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Mediathek/Berichte/2020/OTT.pdf>. -

Dem liegt erkennbar die Einschätzung zugrunde, dass die Dienste derzeit noch nicht dem TKG unterfallen.

ccc) Der Rechtsstreit über die Einordnung von Gmail

Durchjudiziert wurde die Frage nach der Einordnung jüngst für den internetbasierten, von Google angebotenen E-Mail-Dienst „Gmail“. Dieser war durch einen Bescheid der BNetzA 2010 als TK-Dienst gem. § 3 Nr. 24 TKG eingestuft worden.

Die nach Zurückweisung des Widerspruchs erhobene Klage des Betreibers hatte in erster Instanz noch Erfolg. Nach dem VG Köln kann die Frage, ob ein Dienst zumindest überwiegend in der Signalübertragung besteht, nicht allein aus technischer Sicht beantwortet werden. Erforderlich sei vielmehr eine auf den gesamten Dienst bezogene Wertung. Aus Nutzersicht stehe bei Google (bzw. Gmail) als E-Mail-Dienst die raumüberwindende Kommunikation mit anderen Nutzern und damit der TK-Vorgang selbst, d.h. die Möglichkeit, Nachrichten vom Versender zum Empfänger übertragen zu können, im Vordergrund. Die Signalübertragung und nicht etwa inhaltsbezogene Komponenten sei der Zweck bzw. Hauptgrund der Nutzung des Dienstes.

- VG Köln MMR 2016, 141 (143 ff. Rn. 50 ff., insbes. Rn. 53, mit weiteren Ausführungen zur Bewertung aus Anbietersicht und mit Blick auf die Meldepflicht des § 6 I TKG.). -

Auf Vorlage des OVG NRW

- OVG NRW MMR 2018, 552 ff. -

hat der EuGH hingegen entschieden, dass ein internetbasierter E-Mail-Dienst, der keinen Internetzugang vermittelt, nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze besteht und daher keinen „elektronischen Kommunikationsdienst“ darstellt. Dass Google bei der Erbringung des Dienstes in Datenpakete zerlegte E-Mails über eigene Server in das offene Internet einspeise und aus diesem empfangen, reiche nicht aus. Vielmehr komme es entscheidend darauf an, ob der Erbringer des Dienstes gegenüber dessen Nutzern für die zur Bereitstellung des Dienstes notwendige Signalübertragung verantwortlich sei; nur in diesem Fall – den der EuGH mit Blick auf Gmail verneint – handele es sich um einen Dienst, der „ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen“ bestehe.

- EuGH MMR 2019, 514 ff. -

Diese Einschätzung hat das OVG NRW – zwangsläufig – übernommen und entschieden, dass internetbasierte E-Mail-Dienste wie Gmail, die keinen Internetzugang vermitteln (Webmail-Dienste), keine elektronischen Kommunikationsdienste gem. Art. 2 lit. c RRL und damit auch keine TK-Dienste i.S.v. § 3 Nr. 24 TKG darstellen, weil sie nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen.

– OVG NRW MMR 2020, 347 ff. –

Vorsorglich sei darauf hingewiesen, dass dieser Befund nicht verabsolutiert und pauschal für jeden OTT-Dienst übernommen werden darf. Zwar mag das vorstehend skizzierte Verfahren seitens der BNetzA als eine Art Testballon hinsichtlich der Einordnung von OTT-Diensten gedacht gewesen sein.

– So jedenfalls die Einschätzung von *Schubert*, MMR 2020, 350, m.w.N. und dem plastisch formulierten Fazit, der Ballon sei wenn nicht schon über Luxemburg, so zumindest über Münster abgestürzt. –

Jedoch hatte der EuGH kurz vor der Entscheidung in Sachen Gmail den Dienst „Skype Out“ als elektronischen Kommunikationsdienst i.S.v. Art. 2 lit. c RRL eingestuft und dabei maßgeblich darauf abgestellt, dass der Anbieter für diesen Dienst – der Skype-Nutzern Anrufe zu Festnetz- und Mobilfunknummern ermöglicht – entgeltliche Terminierungsvereinbarungen mit den entsprechenden TK-Dienstleistern abgeschlossen hat.

– EuGH MMR 2019, 514 ff. –

Letztlich hängt die Einordnung also von einer auf den Einzelfall bezogenen Beurteilung des konkreten Dienstes und seiner Funktionalitäten ab, bei der auch die Vertragsverhältnisse mit Infrastrukturbetreibern relevant sein können. Pauschale Aussagen zur Einordnung von OTT-Diensten sind angesichts der Reichweite dieses Begriffs hingegen nicht möglich.

– So wohl zutreffend *Schubert*, MMR 2020, 350. Ähnlich Ricke, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 1 TMG Rn. 8: Eine generelle Einordnung der OTT-Dienste komplett entweder unter das TMG oder das TKG erscheine derzeit nicht zielführend. Vielmehr sei im Einzelfall je nach Funktion des jeweiligen Dienstes bzw. des jeweiligen Kommunikationselements eines OTT-Dienstes zu differenzieren und ggf. sowohl das TKG als auch z.T. das TMG anzuwenden. Für eine je nach technischer Realisierung des Dienstes differenzierende Beurteilung auch *Grünwald/Nüßing*, MMR 2016, 95. –

dd) Die Einordnung von Telegram

Einzelne Dienste hingegen lassen sich aber einordnen. Das gilt auch für Telegram.

aaa) Kein TK-Dienst mangels Verantwortung für die Signalübertragung

Zunächst sind schon keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass Telegram für die Signalübertragung verantwortlich ist. Zwar ordnet Telegram die einzelnen Nachrichten den jeweiligen Chats zu. Anhaltspunkte dafür, dass Telegram sich mit der Signalübertragung selbst auch nur befassen würde, sind nicht ersichtlich. Insofern entspricht die hier zu beurteilende Konstellation der Situation im Fall Gmail vor dem EuGH. Der EuGH führt dort aus:

„Dass der Erbringer eines internetbasierten E-Mail-Diensts bei der Versendung und dem Empfang von Nachrichten aktiv tätig wird, sei es, indem er den E-Mail-Adressen die IP-Adressen der entsprechenden Endgeräte zuordnet oder die Nachrichten in Datenpakete zerlegt und sie in das offene Internet einspeist oder aus dem offenen Internet empfängt, damit sie ihren Empfängern zugeleitet werden, reicht nicht aus für die Einstufung dieses Diensts als i.S.v. Art. 2 lit. c Rahmen-RL ‚ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehend‘.

Der E-Mail-Dienst Gmail kann somit in Ermangelung jedes anderen Anhaltspunkts, der geeignet wäre, die Verantwortlichkeit von Google ggü. den Inhabern eines Gmail-Kontos bei der Übertragung der für das Funktionieren des Diensts erforderlichen Signale zu begründen – was zu prüfen Sache des vorlegenden Gerichts ist –, nicht als ‚elektronischer Kommunikationsdienst‘ i.S.v. Art. 2 lit. c Rahmen-RL eingeordnet werden.“

– EuGH MMR 2019, 514 (516 Rn. 37 ff.) (Hervorhebung nur hier). –

So liegen die Dinge auch bei Telegram. Mehr noch: Anders als Gmail betreibt Telegram – soweit ersichtlich – keine eigenen elektronischen Kommunikationsnetze. Zwar hatte die Tatsache, dass Gmail dies tut, die Entscheidung des EuGH nicht beeinflusst.

- S. EuGH MMR 2019, 514 (516 Rn. 39 f.): „Der Umstand schließlich, dass Google auch ihre eigenen elektronischen Kommunikationsnetze in Deutschland betreibt, ist nicht geeignet, dieses Ergebnis in Frage zu stellen“. –

Wenn aber Google trotz eigener Netze mit Gmail keinen TK-Dienst gem. § 3 Nr. 24 TKG betreibt, muss das für Telegram in Ermangelung eigener Netze erst recht gelten: Es handelt sich bei Telegram nicht um einen TK-Dienst i.S.v. § 3 Nr. 24 TKG.

bbb) Jedenfalls kein „reiner“ TK-Dienst

Sogar wenn dies anders wäre und Telegram wegen seiner Funktionalitäten auf Grund hier nicht bekannter Umstände als für die Signalübertragung verantwortlich einzustufen wäre, würde der Dienst von § 3 Nr. 24 TKG erst dann erfasst, wenn er nicht nur *auch*, sondern *ganz oder überwiegend* in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen würde. Es ist nicht ersichtlich, woraus sich das ergeben sollte.

Aber selbst wenn man unterstellt, dass sich Anhaltspunkte dafür ergeben könnten, dass Telegram überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen und damit von § 3 Nr. 24 TKG erfasst würde, würde er damit noch nicht aus dem Begriff der Telemedien herausfallen. Telemedien und TK-Dienste schließen sich – wie oben gezeigt – nicht aus. Der Gesetzgeber definiert aus dem Begriff der Telemedien lediglich die „reinen“ TK-Dienste heraus, nämlich solche, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen. Spätestens dies wird man für Telegram nicht mehr annehmen können.

- S. dazu *Ricke*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 1 TMG Rn. 8. Er weist – in Kenntnis allein der erstinstanzlichen Entscheidung des VG Köln in Sachen Gmail unter der inzwischen überholten Annahme, eine höchstrichterliche Entscheidung der OTT-Dienste stehe noch aus – darauf hin, die Anwendung des TMG sei selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn die Auffassung des VG Köln richtig sei, weil nur „reine“ TK-Dienste nicht zugleich Telemedien sein könnten. –

ccc) Jedenfalls keine Entgeltlichkeit

Schließlich verlangt § 3 Nr. 24 TKG für die Einordnung eines Dienstes als Telekommunikationsdienst, dass er in der Regel gegen Entgelt angeboten wird. Weil die Entgeltlichkeit nur für den Regelfall gefordert wird, ist es für die Subsumtion unter die Vorschrift unschädlich, wenn der Dienst in Einzelfällen unentgeltlich erbracht wird.

- *Schütz*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 3 Rn. 78. –

An der Entgeltlichkeit fehlt es bei Telegram jedoch vollständig. Die Nutzer zahlen kein Entgelt. Selbst wenn man mit dem VG Köln Entgeltlichkeit schon bei einer anderweitigen Finanzierung durch Werbung annehmen wollte,

- VG Köln MMR 2016, 141 (142 f.), unter Hinweis auf den gewerblichen Charakter. Kritisch dazu *Grünwald/Nüßing*, MMR 2016, 93 f. –

würde dies am Ergebnis nichts ändern, weil Telegram – soweit ersichtlich – nicht werbefinanziert ist.

An diesem Merkmal würde die Subsumtion unter § 3 Nr. 24 TKG sogar dann scheitern, wenn man den Dienst auf Grund seiner technischen Realisierung entgegen den hier zugrundegelegten Annahmen doch als Signalübertragung über TK-Netze einstufen wollte.

- S. dazu *Grünwald/Nüßing*, MMR 2016, 94 ff., die insofern zwischen (hybriden) P2P-Diensten einerseits und serverbasierten Diensten andererseits unterscheiden. –

ee) *Zwischenergebnis*

Mit der überwiegenden Meinung in der Literatur und im Lichte der Rechtsprechung des EuGH wird man annehmen dürfen, dass Telegram keinen, jedenfalls aber keinen „reinen“ TK-Dienst nach § 3 Nr. 24 TKG darstellt.

b) Kein telekommunikationsgestützter Dienst nach § 3 Nr. 25 TKG

Weiter dürfte es sich bei Telegram nicht um einen telekommunikationsgestützten Dienst nach § 3 Nr. 25 TKG handeln.

aa) *Die gesetzlichen Merkmale*

Nach der Definition des § 3 Nr. 25 TKG sind telekommunikationsgestützte Dienste solche „Dienste, die keinen räumlich oder zeitlich trennbaren Leistungsfluss auslösen, sondern bei denen die Inhaltsleistung noch während der Telekommunikationsverbindung erfüllt wird.“ Elektronische Informations- und Kommunikationsdienste, die diese Merkmale erfüllen, werden durch die Definition in § 1 I 1 TMG bzw. in § 2 I 3 RStV vollständig – und nicht wie die unter § 3 Nr. 24 TKG fallenden Dienste nur teilweise – aus dem Begriff der Telemedien ausgenommen. Sie sind daher keine Telemedien.

– *Ricke*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 1 TMG Rn. 9. –

Unter § 3 Nr. 25 TKG fallen Dienste, die neben TK-Dienstleistungen auch Inhaltsleistungen zum Gegenstand haben, die noch während der TK-Verbindung erbracht werden.

– *Ricke*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 1 TMG Rn. 9. –

Der Ausdruck „telekommunikationsgestützte Dienste“ wurde gewählt, weil sich der zunächst vorgeschlagene Terminus „telefonnahe Dienste“

– BT-Drs. 15/2316, S. 9. –

in Widerspruch zur angestrebten Technologieneutralität des TKG gesetzt hätte.

– Vgl. die Ausschussempfehlungen in BR-Drs. 755/2/03, S. 4: Über das Internet erfolgende Dienste sollten nicht ausgeschlossen werden. –

Beispiele sind Dienste, die über nicht geografisch gebundene Sondernummern während der Telefonverbindung in Anspruch genommen und über die Telefonrechnung abgerechnet werden, wie es etwa bei 0190er- oder 0900er-Nummern der Fall ist.

– *Ditscheid*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 3 Rn. 83. Zu diesen Diensten s. auch den später eingefügten § 3 Nr. 17c TKG. –

Jenseits konkreter Beispiele ist Kennzeichen aller telekommunikationsgestützten Dienste nach § 3 Nr. 25 TKG, dass es sich „weder um Abruf- noch um Verteildienste handelt. Vielmehr handelt es sich um eine Individualkommunikation zwischen dem TK-Diensteanbieter (oder Dritten) und TK-Kunden, in deren Rahmen der TK-Diensteanbieter (oder Dritte) gegenüber TK-Kunden eine Inhaltsleistung erbringen.“

– So die Begründung zum Entwurf des TMG, BT-Drs. 16/3078, S. 13. S. auch *Martini*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, 28. Edition Stand 1.8.2019, § 1 TMG § 1 Rn. 14. –

bb) *Die Einordnung von Telegram*

Jedenfalls an einer derartigen Inhaltsleistung fehlt es bei Telegram. Der Dienst gibt von Nutzern eingestellte Inhalte an andere Nutzer weiter bzw. stellt sie für diese bereit. Soweit er Individualkommunikation ermöglicht – was ins-

besondere in privaten Chats der Fall ist, bei Gruppenchats nicht zwingend gegeben sein muss und bei Kanälen zu verneinen ist – findet diese gerade zwischen den Nutzern statt, aber nicht zwischen Nutzern und Telegram.

Einen TK-gestützten Dienst i.S.v. § 3 Nr. 25 TKG stellt Telegram daher nicht dar.

3. Kein Rundfunk

a) Die Definition des Rundfunks nach § 2 I 1, 2 RStV

Weiter dürfte es sich – damit ein Telemedium vorliegt – nicht um Rundfunk nach § 2 I 1, 2 RStV handeln. Nach § 2 I 1 RStV ist Rundfunk „ein linearer Informations- und Kommunikationsdienst; er ist die für die Allgemeinheit und zum zeitgleichen Empfang bestimmte Veranstaltung und Verbreitung von Angeboten in Bewegtbild oder Ton entlang eines Sendepfades unter Benutzung elektromagnetischer Schwingungen.“ Der Begriff schließt nach § 2 I 2 RStV Angebote ein, die verschlüsselt verbreitet werden oder gegen besonderes Entgelt empfangbar sind.

– Im kommenden MedStV ändert sich diese Basisdefinition nicht fundamental. § 2 I 1 MedStV wird lauten: „Rundfunk ist ein linearer Informations- und Kommunikationsdienst; er ist die für die Allgemeinheit und zum zeitgleichen Empfang bestimmte Veranstaltung und Verbreitung von journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten in Bewegtbild oder Ton entlang eines Sendepfades mittels Telekommunikation“. –

b) Die Merkmale der Basisdefinition in § 2 I 1 RStV

Zentrales Merkmal der Basisdefinition in § 2 I 1 RStV ist der Begriff der Linearität. Dass die Angebote zum zeitgleichen Empfang bestimmt sein müssen und dass sie entlang eines Sendepfades verbreitet werden müssen, statuiert keine zusätzlichen Voraussetzungen. Vielmehr definiert der 2. Halbsatz insofern Linearität im Sinne der Vorschrift.

– Schulz, in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, § 2 RStV Rn. 42. –

Der Begriff muss – auch wenn er dort in dieser Form nicht vorkommt – vor dem Hintergrund der AVMD-Richtlinie gelesen werden. Ihrer Umsetzung in deutsches Recht diene die Einführung der noch aktuellen Rundfunkdefinition durch den 12. RÄndStV.

– Regierungsbegründung zum 12. RÄndStV, s. dazu z.B. NRWLT-Drs. 14/8630, S. 55. –

Die Richtlinie unterscheidet zwischen zwei Arten audiovisueller Mediendienste: Sie regelt zum einen lineare audiovisuelle Dienste, die von einem Mediendienstanbieter für den zeitgleichen Empfang von Sendungen auf der Grundlage eines Sendepfades bereitgestellt werden (Art. 1 I lit. e AVMD-RL). Zum anderen betrifft sie audiovisuelle Mediendienste auf Abruf, die von einem Mediendienstanbieter für den Empfang zu dem vom Nutzer gewählten Zeitpunkt und auf dessen individuellen Abruf hin aus einem vom Mediendienstanbieter festgelegten Programmverzeichnis bereitgestellt werden (Art. 1 I lit. g AVMD-RL). Dem zeitgleichen Empfang von Sendungen auf der Grundlage eines Sendepfades steht danach der vom Nutzer gewählte Zeitpunkt und der individuelle Abruf gegenüber. § 2 I 1 RStV betrifft die linearen audiovisuellen Dienste, die die Vorschrift aber als Informations- und Kommunikationsdienst bezeichnet, um den Hörfunk einzubeziehen.

– Bornemann/v. Coelln/Hepach/Himmelsbach/Gundel, BayMG, Loseblatt, Stand 48. EL Mai 2020, Art. 1 BayMG Rn. 51. –

Rundfunk ist danach eine Massenkommunikation, die dem Empfänger keine technische Möglichkeit eröffnet, auf den Zeitpunkt Einfluss zu nehmen, zu dem er das Angebot der Inhalte abrufen kann.

– Martini, in: Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, 28. Edition Stand 1.11.2019, RStV § 2 Rn. 4. –

Die Veranstaltung ist regelmäßig auf zeitgleichen Empfang durch die Rezipienten ausgelegt,

– Schulz, in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, § 2 RStV Rn. 42a. –

während der Nutzer es bei nicht-linearen Angeboten selbst bestimmt, zu welcher Zeit (sowie an welchem Ort und auf welche Weise) er sich das Angebot anschaut.

c) Die fehlende Rundfunkqualität von Telegram

Diese Kriterien erfüllt Telegram nicht.

In etlichen Fällen handelt es sich schon deshalb nicht um Rundfunk, weil es sich nicht um die Verbreitung von Angeboten in Bewegtbild oder Ton handelt. Textnachrichten und Fotos wären selbst im Fall linearer Verbreitung kein Rundfunk.

Video- und Audiodateien hingegen stellen Angebote in Bewegtbild oder Ton dar. Darauf kommt es jedoch nicht an. Unabhängig vom Inhalt der Nachrichten fehlt es bei allen über Telegram verbreiteten Inhalten am Merkmal der Linearität. Den Nutzern des Dienstes steht es frei, wann sie die in den jeweiligen Chats bereitgestellten Inhalte zur Kenntnis nehmen. Das gilt unabhängig davon, in welche Art von Chat die Angebote eingestellt werden. Inhalte in privaten Chats, Gruppen oder Kanäle können zu einem beliebigen Zeitpunkt gelesen, gehört oder angesehen werden. Einen gewissen Einfluss auf den Zeitpunkt der möglichen Kenntnisnahme kann der Absender von Nachrichten lediglich in geheimen Chats nehmen, wenn er Inhalte mit dem bereits angesprochenen Selbstzerstörungstimer versieht, so dass sie nach einer gewissen Zeit automatisch verschwinden. Unabhängig davon, wie kurz der Zeitraum bis zur Löschung gewählt wird, wird es sich dabei jedoch nicht um eine zum zeitgleichen Empfang bestimmte Verbreitung von Angeboten handeln. Im Übrigen würde es bei einem auf zwei Personen beschränkten geheimen Chat

– Dazu o. B.II.2. –

an der Bestimmung für die Allgemeinheit fehlen. Inwiefern diese Bestimmung jedenfalls bei Kanälen und ggf. bei Gruppen vorhanden sein kann, kann hier dahinstehen. Um Rundfunk handelt es sich mangels Linearität bei ihnen nicht.

Bei diesem Befund bleibt es unabhängig von der publizistischen Relevanz einzelner Angebote. Selbst wenn ein Kanal auf Telegram eine beliebig große Zahl von Nutzern und messbar Einfluss auf die Meinungsbildung haben sollte, käme ihm keine Rundfunkqualität zu.

III. ZWISCHENERGEBNIS: TELEGRAM ALS TELEMEDIUM

Nach alledem handelt es sich bei Telegram um ein Telemedium, was die Überwachungszuständigkeit der LfM begründet.

– Für die Einordnung von Social Media als Telemедien auch *Beyerbach*, in: Hornung/Müller-Terpitz (Hrsg.), Rechtshandbuch Social Media, 2015, § 9 Rn. 27 ff. –

D. DIE MÖGLICHKEIT DER VERLETZUNG DES JMSTV IN TELEGRAM-GRUPPEN UND KANÄLEN

Im Rahmen dieser Zuständigkeit überwacht die LfM die Bestimmungen für Telemedien (§ 59 II RStV). Bei Verstößen gegen diese Bestimmungen stehen ihr die Aufsichtsmittel aus § 59 III, IV RStV zur Verfügung. Ob diese eingesetzt werden dürfen, weil – wie die LfM annimmt – in Gruppen und Kanälen von Telegram nach § 4 JMStV unzulässige Angebote zu finden sind, hängt davon ab, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen durch Inhalte von derartigen Gruppen und Kanälen überhaupt gegen § 4 JMStV verstoßen werden kann. Vollständig oder einzelfallabhängig zu verneinen wäre diese Frage, wenn ein Verstoß gegen § 4 JMStV ein bestimmtes Maß an Öffentlichkeit verlangen sollte, das in Gruppen und Kanälen von Telegram stets oder je nach Lage des Einzelfalls fehlt.

Dass Inhalte ein bestimmtes Maß an Öffentlichkeit aufweisen müssen, um gegen § 4 JMStV verstoßen zu können, könnte sich zunächst aus der von § 2 I JMStV angeordneten Anwendbarkeit des JMStV (abgesehen vom hier nicht relevanten Rundfunk) allein für Telemedien i.S.d. RStV ergeben. Setzen diese über die hier bereits erörterten Merkmale Öffentlichkeit voraus? Das Erfordernis einer bestimmten Öffentlichkeit könnte sich aber auch aus dem JMStV selbst ergeben: Setzt § 4 JMStV Öffentlichkeit voraus? Insofern sind die denkbaren Begehungsweisen eines Verstoßes gegen § 4 JMStV in den Blick zu nehmen, außerdem die einzelnen Tatbestände des § 4 JMStV einschließlich ihrer Bezüge zu Straftatbeständen des StGB.

I. ÖFFENTLICHKEIT ALS VORAUSSETZUNG FÜR TELEMEDIEN?

1. Keine Forderung nach Öffentlichkeit in der Definition des Telemedienbegriffs

Mit Blick auf die Frage, ob schon der Begriff des Telemediums ein bestimmtes Maß an Öffentlichkeit voraussetzt, ist zunächst der Hinweis veranlassend, dass die – oben in Teil C. dargelegte – Definition des Begriffs kein derartiges Merkmal enthält. Damit ist die Frage an sich schon verneint. Diese Antwort lässt sich argumentativ aber noch unterfüttern.

2. Der Umkehrschluss aus der Definition der rundfunkähnlichen Telemedien

Normativ absichern lässt sich der Befund durch einen Umkehrschluss aus § 2 Nr. 13, § 50 RStV. Diese Vorschriften betreffen den „Rundfunk und vergleichbare Telemedien“. Letztere werden in den genannten Vorschriften legaldefiniert als „Telemedien, die an die Allgemeinheit gerichtet sind“. Anders als der schon nach der generellen Definition des Begriffs in § 2 I 1 RStV „für die Allgemeinheit ... bestimmte“ Rundfunk sind also nicht alle Telemedien für die Allgemeinheit bestimmt, sondern nur einzelne – für die dann besondere Regeln gelten. Andere (= dem Rundfunk nicht vergleichbare) Telemedien sind folglich nicht für die Allgemeinheit bestimmt.

An die Allgemeinheit gerichtet ist auf einer rein sprachlichen Ebene ein Angebot, das der Anbieter einer unbestimmten Vielzahl von Nutzern zugänglich machen möchte.

– Dazu *Holznel*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 50 RStV Rn. 4; *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner/Cole/Wagner*, RStV, Loseblatt, Stand Januar 2020, § 50 RStV Rn. 13. –

Darauf kommt es bei § 2 Nr. 13, § 50 RStV aber richtigerweise nicht entscheidend an. Ob ein Angebot im Sinne dieser Normen an die Allgemeinheit gerichtet ist, hängt auch nicht von seiner Abrufbarkeit ab. Die allgemeine, nicht auf einen bestimmten Personenkreis beschränkte Empfangbarkeit von Inhalten charakterisiert zumindest einen Großteil der im Internet zum Empfang bereitgehaltenen Inhalte.

– Etwas zu weit wohl *Broemel*, MMR 2013, 84: Charakteristikum sämtlicher Inhalte. –

Maßgeblich ist vielmehr seine Meinungsbildungsrelevanz;

– *Schulz*, in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, § 2 RStV Rn. 161. –

die Legaldefinition der dem Rundfunk vergleichbaren Telemedien ist ein inhaltliches Relevanzkriterium.

– *Broemel*, MMR 2013, 84. –

Diese Sichtweise entspricht auch der erkennbaren gesetzgeberischen Intention bei der Einführung des Merkmals: Die Begründung zum 9. RÄStV erläutert, es handele sich um Telemedien, „die an die Allgemeinheit gerichtet sind und denen damit massenkommunikative Wirkung zukommt. Dies entspricht dem, was bisher als Mediendienste vom MDStV erfasst wurde.“

– So die Amtliche Begründung zum Entwurf des 9. RÄndStV, s. etwa BayLT-Drs. 15/6821, S. 13. –

Vor dem Hintergrund dieses Inhalts der Legaldefinition folgt aus dem obigen Umkehrschluss, dass („normale“) Telemedien keine massenkommunikative Wirkung haben müssen. Das beantwortet die Frage, ob sie ein Mindestmaß an Öffentlichkeit aufweisen müssen, zwar nicht direkt. Immerhin lässt sich aber festhalten, dass sich der RStV mit der Reichweite bzw. der Relevanz von Telemedien befasst – jedoch nur in dem Sinne, dass er für bestimmte Telemedien eine Mindestgrenze festlegt. Das spricht zusätzlich dafür, das Fehlen einer Untergrenze in der allgemeinen Definition ernst zu nehmen und kein Mindestmaß an Öffentlichkeit oder Relevanz zum begrifflichen Kriterium von Telemedien zu machen.

3. Telemedien auch bei Diensten der Individualkommunikation

So wird es auch in der Literatur gesehen. Entgegen womöglich verbreiteten Vorstellungen kann es Telemedien auch jenseits der Massenkommunikation geben – bis hin zur Kommunikation zwischen nur zwei Beteiligten. Thorsten Held bringt es auf den Punkt: „Telemedien sind sowohl Dienste, die an die Allgemeinheit gerichtet sind, als auch Dienste der Individualkommunikation.“

– *Thorsten Held*, in: Paschke/Berlit/Meyer, Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht, 3. Aufl. 2016, 69. Abschnitt: Impressumspflicht, Rn. 28. Eine einzelne Nachricht wie eine E-Mail ist hingegen kein Telemedium, weil sie keinen „Dienst“ darstellt (LG Bonn CR 2018, 263; dazu *Micklitz/Schirmbacher*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 50 TMG Rn. 7. –

Auf der Linie dieser Konzeption liegt es auch, dass der BGH kürzlich entschieden hat, auf den Facebook-Messenger die Vorschriften des TMG und nicht des TKG anzuwenden.

– BGH GRUR 2020, 101 (103 f.). –

Dieser Messenger ermöglicht es, Nachrichten an Facebook-Nutzer zu senden. Zwar spielten im konkreten Fall prozessuale Aspekte eine Rolle: Die Anwendbarkeit des TMG wurde auf Grund unzureichender Feststellungen des Berufungsgerichts zugunsten der Antragstellerin unterstellt. Gleichwohl setzt diese Unterstellung voraus, dass ein auf den Nachrichtenversand an einzelne Nutzer ausgerichteter Dienst wie der Facebook-Messenger ein Telemedium sein kann, obwohl der einzelnen Nachricht keinerlei Öffentlichkeit zukommt.

4. Ergebnis zu I.

Nach alledem setzt die Einstufung eines Dienstes als Telemedium keine Öffentlichkeit voraus. Fehlende oder nur in eingeschränktem Maße vorhandene Öffentlichkeit in Gruppen und Kanälen auf Telegram steht einer Einstufung als Telemedium daher nicht entgegen.

II. ÖFFENTLICHKEIT ALS VORAUSSETZUNG FÜR EINEN VERSTOSS GEGEN § 4 JMSTV?

Das Erfordernis einer bestimmten Öffentlichkeit für einen durch die LfM sanktionierbaren Verstoß gegen § 4 JMStV müsste sich daher gerade aus der Vorschrift selbst bzw. aus den von ihr in Bezug genommenen Straftatbeständen ergeben. Denkbare Anknüpfungspunkte sind insofern neben den einzelnen Verletzungstatbeständen (unten 2.) die allgemeinen Begehungsmodalitäten, für die neben § 4 JMStV die Sanktionsnormen der §§ 23, 24 JMStV in den Blick zu nehmen sind (im Anschluss 1.).

1. Denkbare Modalitäten einer Verletzung von § 4 JMStV

Hinsichtlich der Modalitäten eines Verstoßes finden sich im JMStV zwei aufeinander aufbauende Aussagen: § 4 JMStV erklärt bestimmte Angebote für unzulässig. Nach §§ 23, 24 JMStV stellt es eine Ordnungswidrigkeit oder sogar eine Straftat dar, Angebote unter Verstoß gegen § 4 JMStV zugänglich zu machen oder zu verbreiten.

a) Die Unzulässigkeit bestimmter Angebote, § 4 JMStV

§ 4 JMStV enthält einen Katalog unzulässiger Angebote: § 4 I 1 JMStV zählt – teilweise unter Bezugnahme auf Straftatbestände des StGB bzw. des VStGB – Angebote auf, die im Rundfunk und in Telemedien ausnahmslos unzulässig sind. Für die weiteren in § 4 II 1 JMStV aufgeführten Angebote gilt mit Blick auf den Rundfunk dasselbe, während sie nach § 4 II 2 JMStV in Telemedien zulässig sind, wenn von Seiten des Anbieters sichergestellt ist, dass sie nur Erwachsenen zugänglich gemacht werden.

Angebote sind nach § 3 Nr. 1 JMStV (neben hier nicht relevanten Rundfunksendungen) Inhalte von Telemedien. Allein die Tatsache, dass sich Inhalte in Telemedien finden, die unter die Aufzählungen in § 4 JMStV fallen, stellt einen Verstoß gegen die Bestimmungen für Telemedien i.S.v. § 59 III, II RStV dar. Das berechtigt die LfM, die zur Beseitigung des Verstoßes erforderlichen Maßnahmen zu treffen (§ 59 III RStV).

Anhaltspunkte dafür, dass es insofern generell – also ungeachtet des jeweils in Rede stehenden Verbotstatbestandes – eines bestimmten Maßes an Öffentlichkeit bedürfte, lassen sich § 4 JMStV unmittelbar nicht entnehmen.

b) Verbreiten bzw. Zugänglichmachen als Voraussetzung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit

Ein anderes Ergebnis könnte sich allenfalls aus den Merkmalen „verbreiten“ bzw. „zugänglich machen“ ergeben, die zwar nicht in § 4 JMStV, jedoch in den §§ 23, 24 JMStV enthalten sind: Nach diesen Normen stellt nicht schon der Verstoß gegen § 4 JMStV an sich eine Straftat bzw. Ordnungswidrigkeit dar. Eine Ordnungswidrigkeit nach § 24 I Nrn. 1-3 JMStV oder – im Fall des § 4 II 1 Nr. 3 JMStV – sogar eine Straftat begeht vielmehr (erst?) derjenige, der unter Verstoß gegen § 4 JMStV Angebote vorsätzlich oder fahrlässig „verbreitet oder zugänglich macht“.

Unmittelbar sind die §§ 23, 24 JMStV (konkret: § 24 JMStV) für die LfM nur relevant, wenn diese ein Ordnungswidrigkeitenverfahren durchführt. Das kann je nach Lage des Falles isoliert vorkommen. In anderen Fällen, in denen die LfM im Rahmen ihrer Telemedienaufsicht tätig wird, beschränkt sie sich auf ein „normales“ Verwaltungsverfahren oder führt ein solches neben dem Ordnungswidrigkeitenverfahren durch. Im Rahmen dieser nicht auf die Sanktionierung von Ordnungswidrigkeiten gerichteten Verfahren kommt es auf die §§ 23, 24 JMStV unmittelbar nicht an, sondern allein auf § 4 JMStV.

Dieser verwendet die Merkmale „verbreiten“ bzw. „zugänglich machen“ zwar nicht. Jedoch wäre gleichwohl vorstellbar, dass sich aus ihrer Nennung in §§ 23, 24 JMStV die Forderung nach einem Mindestmaß an Öffentlichkeit schon für den Verstoß gegen § 4 JMStV ergibt. Dafür müssten aber zwei Voraussetzungen erfüllt sein: Zum einen müsste „verbreiten“ bzw. „zugänglich machen“ Öffentlichkeit voraussetzen. Und zum anderen müsste diese zusätzliche Voraussetzung aus §§ 23, 24 JMStV gewissermaßen auch jenseits von Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren auf § 4 JMStV zurückwirken: Bereits der (in einem „normalen“ aufsichtlichen Verfahren allein relevante) Verstoß gegen § 4 JMStV müsste voraussetzen, dass nach dieser Vorschrift unzulässige Angebote verbreitet oder zugänglich gemacht würden.

Jedenfalls an der ersten Voraussetzung fehlt es.

aa) *Öffentlichkeit als Bestandteil von „zugänglich machen“ oder „verbreiten“?*

Unter „zugänglich machen“ fallen alle Tätigkeiten, die „einer anderen Person“ die Möglichkeit eröffnen, durch sinnliche Wahrnehmung von den Inhalten Kenntnis zu nehmen.

- *Liesching/Schuster*, Jugendschutzrecht, 5. Aufl. 2011, § 24 JMStV Rn. 8. -

Das Bereitstellen von Dateninhalten im Internet reicht dafür in jedem Fall aus.

- *Liesching*, in: *Liesching*, BeckOK JMStV, 18. Edition Stand 1.1.2020, § 24 JMStV Rn. 11. -

Soweit bestimmte Inhalte zum Inhalt einer Telegram-Gruppe oder eines Telegram-Kanals gemacht werden, können die Mitglieder bzw. Abonnenten sie sehen. Und da schon eine andere Person ausreicht, erfüllt jedes Einstellen in die Gruppe den Tatbestand des Zugänglichmachens. Einer bestimmten Öffentlichkeit bedarf es dafür nicht. Bestätigt wird dieser Befund im Umkehrschluss daraus, dass der Gesetzgeber an anderer Stelle – z.B. in § 86 I StGB – verlangt, dass Inhalte „öffentlich zugänglich“ gemacht werden.

- Zu § 86 StGB näher u. 2.a). -

Vor diesem Hintergrund kommt es auf die Auslegung des Merkmals „verbreiten“ nicht mehr an. „Zugänglichmachen“ ist ein Oberbegriff. Soweit er bei den einzelnen Tatbeständen genannt wird, erfasst er jede denkbare Form der Verbreitung.

- *Liesching/Schuster*, Jugendschutzrecht, 5. Aufl. 2011, § 24 JMStV Rn. 11. -

So liegen die Dinge hier: Für alle von der LfM vermuteten Verletzungen des § 4 JMStV ist das „Zugänglichmachen“ eine in §§ 23, 24 JMStV genannte Tatmodalität. Ein relevanter Verstoß gegen § 4 JMStV erfüllt daher auch stets den objektiven Tatbestand der §§ 23, 24 JMStV, ohne dass es eines Mindestmaßes an Öffentlichkeit bedarf.

bb) *„Zugänglich machen“ bzw. „verbreiten“ als Voraussetzung für die Unzulässigkeit nach § 4 JMStV*

Insofern kommt es für die hier zu beantwortenden Fragen nicht darauf an, ob schon die Unzulässigkeit eines Angebots nach § 4 JMStV voraussetzt, dass dieses zugänglich gemacht oder verbreitet wird, oder ob §§ 23, 24 JMStV insofern mehr verlangen als § 4 JMStV.

Bei unbefangener Betrachtung des Wortlauts des JMStV könnte man Letzteres vermuten: §§ 23, 24 JMStV knüpfen die Einstufung als Straftat oder Ordnungswidrigkeit an Merkmale (zugänglich machen/verbreiten), die § 4 JMStV nicht nennt. Das könnte darauf hindeuten, dass die Voraussetzungen für die Begehung einer Ordnungswidrigkeit oder einer Straftat gegenüber den Voraussetzungen der bloßen Unzulässigkeit verschärft wären. Nach dieser Konzeption gäbe es Fälle, in denen zwar gegen § 4 JMStV verstoßen würde, weil ein bestimmter Inhalt in ein Telemedium eingestellt würde, ohne dass darin ein Zugänglichmachen oder Verbreiten i.S.v. §§ 23, 24 JMStV liegen würde. Die Reaktionsbefugnisse der LfM aus § 59 RStV bestünden in diesem Fall uneingeschränkt, ohne dass der objektive Tatbestand einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit vorliegen müsste.

Gegen dieses Verständnis spricht aber, dass nicht ersichtlich ist, wie ein unzulässiges Angebot in ein Telemedium eingestellt werden sollte, ohne das Angebot zugleich anderen zugänglich zu machen. Das ist offenbar auch die Konzeption des Gesetzgebers. Die Begründung zum Entwurf von § 4 JMStV jedenfalls führt aus, die Aufnahme bestimmter Straftatbestände in die Vorschrift solle klarstellen, „dass in diesen Fällen ohne Verwirklichung der subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen der entsprechenden Strafbestimmungen die Verbreitung sowie das Zugänglichmachen eines entsprechenden Angebotes unzulässig ist und untersagt werden kann.“

- S. die Amtliche Begründung zum Entwurf des JMStV, s. etwa BayLT-Drs. 14/10246, S. 15 bzw. Anlage zur NRW LT-Drs. 13/3431, S. 7 f. -

Nach dieser Sichtweise kennt der JMStV keine anderen Handlungsformen als das Verbreiten und das Zugänglichmachen;

- So ausdrücklich *Altenhain*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht, Loseblatt, Stand 52. EL April 2020, Teil 20 Rn. 18. -

ein Angebot ist erst unzulässig, wenn es zugänglich gemacht oder verbreitet wird. Das Erfordernis eines bestimmten Maßes an Öffentlichkeit ergibt sich daraus je-doch nicht.

- Zuvor aa). -

2. Die einzelnen Tatbestände

Als denkbare Anknüpfungspunkte für die Forderung nach einem bestimmten Maß an Öffentlichkeit bleiben damit allein die einzelnen Verletzungstatbestände des § 4 JMStV. Diese sollen im Folgenden soweit betrachtet werden, als der Tatbestand in § 4 JMStV selbst oder eine ihm inhaltlich korrespondierende bzw. von ihm ausdrücklich in Bezug genommene Strafvorschrift Merkmale enthält, die als Grundlage für die Forderung nach Öffentlichkeit zumindest in Betracht kommen.

a) Propagandamittel, § 4 I 1 Nr. 1 JMStV

Nach § 4 I 1 Nr. 1 JMStV sind Angebote unzulässig, wenn sie Propagandamittel i.S.d. § 86 StGB darstellen, deren Inhalt gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung gerichtet ist.

aa) Propagandamittel i.S.d. § 86 StGB

Propagandamittel i.S.d. § 86 StGB sind gem. § 86 II StGB Schriften – und damit nach § 11 III StGB auch Ton- und Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und andere Darstellungen – der in § 86 I Nrn. 1-4 aufgeführten Organisationen. Mit der erforderlichen Ausrichtung wird ein Element der Art. 9 II, 21 II (sowie jetzt III) GG aufgegriffen; gefordert wird eine materielle Staatsfeindlichkeit des Inhalts der Propaganda.

- Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 86 Rn. 5. -

Mehr verlangt § 86 StGB für Propagandamittel nicht. Insbesondere weist der Begriff – trotz des Wortbestandteils „Propaganda“ – keinen spezifischen Öffentlichkeitsbezug auf, der auf § 4 JMStV durchschlagen könnte.

bb) Die Tathandlungen des § 86 I StGB

Jedoch könnte sich das Erfordernis eines Mindestmaßes an Öffentlichkeit aus den Tathandlungen des § 86 I StGB ergeben, sofern diese für § 4 JMStV relevant sind.

Strafbar macht sich nach der Vorschrift, wer in den Nrn. 1-4 aufgeführte Propagandamittel „im Inland verbreitet oder zur Verbreitung im Inland oder Ausland herstellt, vorrätig hält, einführt oder ausführt oder in Datenspeichern öffentlich zugänglich macht“. Von diesen Modalitäten ist im Hinblick auf internetbezogene Sachverhalte insbesondere das öffentliche Zugänglichmachen in Datenspeichern von Bedeutung.

- Gercke, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 86 StGB Rn. 4, der freilich von Datennetzen statt von Datenspeichern spricht. -

Zugänglich gemacht werden Propagandamittel, wenn Dritten die Möglichkeit verschafft wird, sich durch sinnliche Wahrnehmung Kenntnis von ihrem Inhalt zu verschaffen. Öffentlich zugänglich gemacht werden sie (erst), wenn sie einer unbeschränkten Vielzahl von Personen im Sinne eines anonymen, nicht überschaubaren Benutzerkreises bei bestehendem Zugang zum Datenspeicher zur Kenntnisnahme offen steht.

- Steinmetz, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 86 Rn. 35. -

Das kann auch in passwortgeschützten Nutzergruppen vorliegen, sofern ein nicht durch persönliche Beziehungen verbundener Personenkreis, die Möglichkeit des Zugriffs hat.

- Gercke, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 86 StGB Rn. 4. -

cc) *Die Relevanz der Tathandlungen des § 86 I StGB für § 4 I 1 Nr. 1 JMStV*

Fraglich ist jedoch, ob sich das Erfordernis des gerade öffentlichen Zugänglichmachens in § 86 I StGB auf § 4 I 1 Nr. 1 JMStV auswirkt.

aaa) Unzulässigkeit i.S.v. § 4 I 1 Nr. 1 JMStV ggf. auch ohne Strafbarkeit nach § 86 StGB

Dem Wortlaut des JMStV nach ist das nicht der Fall. Nach § 4 I 1 Nr. 1 JMStV ist ein Angebot nicht erst unzulässig, wenn mit ihm zugleich die Strafbarkeit nach § 86 StGB einhergeht. Abgesehen davon, dass § 4 JMStV insgesamt Angebote nur „unbeschadet strafrechtlicher Verantwortlichkeit“ für unzulässig erklärt, verbietet § 4 I 1 Nr. 1 JMStV sie schon dann, wenn sie Propagandamittel i.S.v. § 86 StGB darstellen. Dass § 86 I StGB die Strafbarkeit auf Grund des Zugänglichmachens zusätzlich davon abhängig macht, dass dieses öffentlich geschieht, spielt für die Unzulässigkeit eines Angebots nach § 4 I 1 Nr. 1 JMStV keine Rolle.

Nur am Rande sei angemerkt, dass selbst der Ordnungswidrigkeitentatbestand des § 24 I Nr. 1 JMStV ein (einfaches) Zugänglichmachen genügen lässt, statt ein öffentliches Zugänglichmachen zu verlangen. Darauf aber kommt es nicht entscheidend an: Maßgeblich ist, dass § 4 I 1 Nr. 1 JMStV die Grenze zur Unzulässigkeit deutlich vor der Grenze zur Strafbarkeit zieht.

bbb) Die bewusste Abkopplung der Verbote des JMStV von den inhaltlich korrespondierenden Straftatbeständen

Das ist eine – nicht nur dieses Merkmal betreffende – bewusste und gewollte Konstruktion des JMStV. Dass § 4 I JMStV Strafbestimmungen aufgreift, soll gerade bewirken, dass Angebote unzulässig sein können, obwohl ihre Aufnahme in Rundfunk oder Telemedien noch nicht zur Strafbarkeit führt – sei es, weil der subjektive Tatbestand der Strafbestimmung nicht vorliegt, sei es, weil sonstige Voraussetzungen der Strafbarkeit nicht erfüllt sind.

- S. die Amtliche Begründung zum Entwurf des JMStV, s. etwa BayLT-Drs. 14/10246, S. 15; dazu auch Liesching/Schuster, Jugendschutzrecht, 5. Aufl. 2011, § 4 JMStV Rn. 13. -

Dass § 4 JMStV nicht mehr – wie früher – auf Strafvorschriften verweist, sondern deren Inhalt (auszugsweise) wiedergibt, soll auch klarstellen, dass der objektive Tatbestand der Strafbestimmungen keine Voraussetzung für die Anwendung der Verbotsbestimmungen des JMStV sind.

- Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner/Cole/Wagner, RStV, Loseblatt, Stand Januar 2020, § 4 JMStV Rn. 15. -

Indem Inhalte, für die bereits strafrechtliche Totalverbote bestehen, noch einmal durch den JMStV verboten werden, werden die dortigen Verbote von den sonstigen Strafbarkeitsvoraussetzungen des StGB abgekoppelt. Zwar gelten die Straftatbestände auch für Anbieter von Telemedien. Jedoch setzen sie bestimmte Handlungen wie z.B. das Anbieten, Verbreiten, Zugänglichmachen etc. voraus. Sie verbieten nur vorsätzliches Verhalten und erfassen, soweit dies nicht besonders angeordnet ist, keine Live-Angebote. Durch die Übernahme in den § 4 Abs. 1 JMStV wird klargestellt, dass die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale der Straftatbestände nicht erfüllt sein müssen.

- Altenhain, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Handbuch Multimedia-Recht, Loseblatt, Stand 52 EL April 2020, Teil 20 Jugendschutz Rn. 28. -

Die Angebote können also auch ohne Erfüllung aller strafrechtlichen Voraussetzungen als unzulässig beanstandet und untersagt werden.

- Erdemir, in: Bornemann/Erdemir, JMStV, 2017, § 4 Rn. 1. -

dd) Ergebnis zu a)

§ 4 I 1 Nr. 1 JMStV macht die Unzulässigkeit von Angeboten weder aus sich selbst heraus noch wegen der Pönalisierung gerade des öffentlichen Zugänglichmachens in § 86 I StGB von einem Mindestmaß an Öffentlichkeit abhängig.

b) Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen, § 4 I 1 Nr. 2 JMStV

Entsprechendes gilt für § 4 I 1 Nr. 2 JMStV. Nach dieser Vorschrift sind Angebote unzulässig, wenn sie Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen i.S.d. § 86a StGB verwenden.

Hinsichtlich der Organisationen verweist § 86a I Nr. 1 StGB auf § 86 I Nr. 1, 2 und 4 StGB. Kennzeichen dieser Organisationen sind nach § 86a II 1 StGB namentlich Fahnen, Abzeichen, Uniformstücke, Parolen und Grußformen. Kennzeichen, die den in § 86a II 1 StGB genannten zum Verwechseln ähnlich sind, stehen ihnen gem. § 86a II 2 StGB gleich.

Zur Bedeutung des Merkmals „verwenden“ schweigt sich die Kommentarliteratur häufig aus. Ein Vorschlag lautet, darunter „jeglichen Gebrauch“ zu verstehen, „der das Kennzeichen optisch und akustisch *in der Öffentlichkeit* wahrnehmbar macht.“ Öffentlichkeit in diesem Sinne soll bereits vorliegen, wenn ein größerer, nicht durch persönliche Beziehungen verbundener Personenkreis betroffen ist.

– *Kaspar*, in: *Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht*, 4. Aufl. 2018, § 4 JMStV Rn. 28 (Hervorhebung nur hier). –

Wäre das richtig, würde das Merkmal „verwenden“ Öffentlichkeit erfordern. Tatsächlich aber zieht die zitierte Kommentierung – unter Missachtung des vorstehend skizzierten Zusammenhangs zwischen § 4 JMStV einerseits und den in Bezug genommenen Strafrechtsnormen andererseits –

– Soeben a)cc)bbb). –

Merkmale des § 86a StGB in § 4 JMStV hinein, die der Gesetzgeber dort gerade *nicht* vorgesehen hat. Im Einzelnen:

§ 86a StGB stellt nicht jeden Gebrauch der Kennzeichen unter Strafe. Tathandlungen sind vielmehr – von den hier nicht relevanten Varianten der Herstellung, des Vorrätighaltens, der Ein- oder Ausfuhr nach § 86a I Nr. 2 StGB abgesehen – allein die Verbreitung und das öffentliche Verwenden. Verwendet in diesem vom StGB vorgesehenen Sinne wird ein Kennzeichen, wenn es derart gebraucht wird, dass es optisch und akustisch wahrnehmbar ist.

– KG NJW 1999, 3500 (3502), unter Hinweis auf BGHSt 23, 267 (268 f.). –

Diese Verwendung muss nach dem StGB *öffentlich* erfolgen. Das ist der Fall, „wenn die Art der Verwendung die Wahrnehmbarkeit für einen größeren, durch persönliche, nähere Beziehungen nicht zusammenhängenden Personenkreis ermöglicht. Hierbei ist nicht der Ort entscheidend, an welchem das Kennzeichen verwendet wird, sondern ein nach Anzahl und Individualität unbestimmter und nicht beschränkter Personenkreis, der die Kennzeichen wahrnimmt.“

– *Ellbogen*, in: *v. Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB*, 46. Edition Stand 1.5.2020, § 86 Rn. 23. –

§ 4 I 1 Nr. 2 JMStV hingegen verlangt nur die Verwendung. Auf die *öffentliche* Verwendung kommt es dort gerade nicht an. Das Merkmal „öffentlich“ aus § 86 I StGB ist auf § 4 JMStV nicht übertragbar, weil es dort nicht genannt wird. Eher trägt die Gegenüberstellung der Normen den Umkehrschluss, dass die vom JMStV verlangte (bloße) Verwendung gerade nicht öffentlich sein muss.

Anders formuliert: *Kaspar* kommentiert in seiner zitierten Erläuterung nicht das Merkmal „verwenden“, sondern das Merkmal „öffentlich verwenden“ – das § 4 I 1 Nr. 2 JMStV aber nicht enthält.

Auch eine Verletzung von § 4 I 1 Nr. 2 JMStV setzt daher kein bestimmtes Maß an Öffentlichkeit voraus.

c) Volksverhetzende Inhalte, § 4 I 1 Nr. 3 JMStV

Nach § 4 I 1 Nr. 3 JMStV sind Angebote unzulässig, wenn sie zum Hass gegen Teile der Bevölkerung oder gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe aufstacheln, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordern oder die Menschenwürde anderer dadurch angreifen, dass Teile der Bevölkerung oder eine vorbezeichnete Gruppe beschimpft, böswillig verächtlich gemacht oder verleumdet werden.

Diese an Passagen des § 130 StGB (Volksverhetzung) angelehnte Vorschrift nimmt Personenmehrheiten nicht als Adressaten der unzulässigen Angebote in den Blick, sondern allein als Ziel der verhetzenden Inhalte: (Nur) insofern sind Teile der Bevölkerung bzw. Gruppen angesprochen. Dem Wortlaut des § 4 I 1 Nr. 3 JMStV nach kann diese Aufstachelung bzw. dieser Angriff auch dadurch ausgeführt werden, dass einzelne Empfänger z.B. zum Hass aufgestachelt werden.

Tatbestandsmerkmale, die einen erkennbaren Öffentlichkeitsbezug haben, finden sich hingegen in § 130 StGB: § 130 I StGB verlangt für eine Volksverhetzung, dass die in Nrn. 1 und 2 genannten Handlungen in einer Weise begangen werden, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören. Geeignete Tathandlung nach § 130 II Nrn. 1, und 2, V StGB ist u.a., dass Schriften/bestimmte Inhalte der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. § 130 III StGB pönalisiert die Billigung, Leugnung oder Verharmlosung bestimmter unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlungen, § 130 IV StGB u.a. öffentliche, näher bestimmte Formen der Störung des öffentlichen Friedens. Keines dieser auf die Öffentlichkeit bzw. den öffentlichen Frieden abstellenden Merkmale greift § 4 I 1 Nr. 3 JMStV auf.

- Zur unterschiedlichen Relevanz der öffentlichen Tatbegehung einerseits und des öffentlichen Friedens andererseits in § 130 StGB für die hier zu untersuchende Fragestellung s. noch sogleich d). -

Die Vorschrift nennt § 130 StGB noch nicht einmal. Zwar ist die Übernahme wesentlicher Tatbestandsmerkmale unübersehbar. Aber es handelt sich eben um eine selektive Übernahme. Dass § 4 I 1 Nr. 3 JMStV den Gesetzestext von § 130 StGB bewusst partiell übernimmt,

- S. dazu auch *Kaspar*, in: *Binder/Vesting*, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, § 4 JMStV Rn. 29. -

ist nicht nur im Umfang dieser Übernahme von Bedeutung, sondern auch dort, wo der Text gerade nicht übernommen wird. Diesen Gedanken wird nicht überall die nötige Beachtung geschenkt. Wenn beispielsweise (mit Blick auf § 4 I 1 Nr. 3 JMStV) ausgeführt wird, bestimmendes Rechtsgut sei nach h.M. der öffentliche Friede, wobei als Beleg eine Kommentierung zu § 130 StGB angeführt wird,

- *Erdemir*, in: *Bornemann/Erdemir*, JMStV, 2017, § 4 Rn. 24, unter Hinweis auf *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. 2014, § 130 Rn. 1a. -

dann geht diese Erläuterung schlicht über die Tatsache hinweg, dass die Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens Tatbestandsmerkmal des § 130 I StGB ist, nicht aber des § 4 I 1 Nr. 3 JMStV. Richtigerweise gilt auch hier, dass die Unzulässigkeit von Angeboten nach den an das Strafrecht angelehnten Nummern des § 4 I 1 JMStV nicht von der Erfüllung weiterer Merkmale abhängt, die für die Strafbarkeit des betreffenden Verhaltens eine Rolle spielen, von § 4 JMStV aber gerade nicht übernommen wurden.

- O. a)cc)bbb). -

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass § 130 II Nr. 2, V 2 StGB Fälle als Volksverhetzung unter Strafe stellt, in denen bestimmte Inhalte „mittels Rundfunk oder Telemedien einer Person unter achtzehn Jahren oder der Öffentlichkeit zugänglich“ gemacht werden. Diese Differenzierung bestätigt die hier vertretene Sichtweise, dass ein „zugänglich machen“ über Telemedien nicht notwendig Öffentlichkeitsbezug haben muss. Andernfalls wäre die Variante, dass die Inhalte der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, überflüssig.

Im Übrigen lässt sich festhalten, dass auch § 4 I 1 Nr. 3 JMStV kein bestimmtes Maß an Öffentlichkeit verlangt.

d) Leugnen oder Verharmlosen nationalsozialistischer Taten, § 4 I 1 Nr. 4 JMStV

Einer differenzierteren Betrachtung bedarf der Verbotstatbestand des § 4 I 1 Nr. 4 JMStV.

aa) Der Tatbestand von § 4 I 1 Nr. 4 JMStV

Nach der Vorschrift sind Angebote unzulässig, wenn sie eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, leugnen oder verharmlosen, oder den öffentlichen Frieden in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch stören, dass die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft gebilligt, verherrlicht oder gerechtfertigt wird.

Die Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens bzw. die Störung des öffentlichen Friedens ist hier also – anders als etwa im Fall von § 4 I 1 Nr. 3 JMStV – nicht allein Teil eines inhaltlich-thematisch aufgegriffenen, aber nur in anderen Passagen in den Tatbestand des JMStV einbezogenen Straftatbestandes. Die Unzulässigkeit des Angebots setzt dessen (Eignung zur) Störung des öffentlichen Friedens vielmehr selbst voraus. Insofern scheint der Gedanke nahezuliegen, dass das Angebot selbst ein bestimmtes Maß an Öffentlichkeit aufweisen muss.

bb) Der Vergleich mit § 130 III, IV StGB

Der genaue Vergleich zwischen § 4 I 1 Nr. 4 JMStV einerseits und § 130 StGB andererseits stützt diese Annahme jedoch nicht – im Gegenteil: Die zwei Varianten des § 4 I 1 Nr. 4 JMStV greifen dem Grunde nach die Tatbestände des § 130 III, IV StGB auf: Die erste Variante entspricht weitgehend § 130 III StGB, die durch den 19. RÄndStV eingefügte zweite Variante entspricht § 130 IV StGB. Jedoch sind diese Vorschriften nicht vollständig deckungsgleich:

Nach § 4 I 1 Nr. 4 1. Var. JMStV sind Angebote (bereits) unzulässig, wenn sie eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, leugnen oder verharmlosen. Für § 130 III StGB reicht das noch nicht aus: Strafbar macht sich nach dieser Norm nur, wer *öffentlich oder in einer Versammlung* leugnet oder verharmlost (Hervorhebungen nur hier).

– Daneben gibt es noch einen Unterschied, auf den es jedoch für die hier zu beantwortende Frage nicht ankommt: Nach § 130 III StGB macht sich auch strafbar, wer die vorstehend beschriebenen Handlungen billigt. Diese Form der Tatbegehung nennt § 4 I 1 Nr. 4 1. Var. JMStV nicht. *Erdemir*, in: Bornemann/Erdemir, JMStV, 2017, § 4 Rn. 31, weist zu Recht darauf hin, dass das nicht als vermeintliches Redaktionsversehen des JMStV übergangen werden kann, nachdem die Chance, die zumindest sprachlich bestehende Divergenz zu schließen, auch mit dem 19. RÄndStV nicht genutzt worden sei. –

Entsprechendes gilt für das Verhältnis zwischen § 4 I 1 Nr. 4 2. Var. JMStV einerseits und § 130 IV StGB andererseits: Unzulässig sind nach § 4 I 1 Nr. 4 2. Var. JMStV Angebote, die den öffentlichen Frieden in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch stören, dass die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft gebilligt, verherrlicht oder gerechtfertigt wird. § 130 IV StGB knüpft die Strafbarkeit einer derart beschriebenen Störung des öffentlichen Friedens zusätzlich daran, dass sie *öffentlich oder in einer Versammlung* erfolgt.

Die am Wortlaut orientierte Zusammenschau von § 4 I 1 Nr. 4 JMStV und § 130 III, IV StGB lässt zwei Schlüsse zu, die im Ergebnis in dieselbe Richtung weisen:

- Offenbar nimmt der StGB-Gesetzgeber an, die (Eignung zur) Störung des öffentlichen Friedens sei auch durch eine nicht öffentlich erfolgende Äußerung möglich. Andernfalls bedürfte es des zusätzlichen Merkmals nicht.
- Zugleich geht der JMStV-Gesetzgeber offenbar davon aus, dass die (Eignung zur) Störung des öffentlichen Friedens bei Äußerungen im Rundfunk oder in Telemedien schon wegen des Verbreitungsmediums in Betracht kommt, so dass es eines bestimmten Maßes an Öffentlichkeit bei der Äußerung nicht bedarf.

Für den zweiten Schluss lässt sich auch anführen, dass die strafrechtliche Literatur annimmt, Äußerungen in Rundfunk und Fernsehen seien stets öffentlich.

- *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 186 Rn. 19. Auf diese Fundstelle verweisen *Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 130 Rn. 22c, für die Erläuterung des Merkmals „öffentlich“ in § 130 IV StGB. –

Ob diese für den Rundfunk zweifellos zutreffende Einschätzung pauschal auf Telemedien übertragen werden kann, lässt sich angesichts der Bandbreite des Telemedienbegriffs, der auch Äußerungen mit sehr überschaubarer Reichweite erfassen kann,

- Dazu bereits o. l. –

sicher kontrovers diskutieren. Der JMStV-Gesetzgeber hat sich aber dafür entschieden, die Unzulässigkeit des Angebots neben der (Eignung zur) Störung des öffentlichen Friedens allein an das Verbreitungsmedium zu knüpfen und keine zusätzliche Öffentlichkeit zu verlangen. Darüber, ob das möglicherweise in Unkenntnis bzw. auf Grund einer irrigen Einschätzung des Telemedienbegriffs erfolgte, lässt sich allenfalls spekulieren. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob § 4 I 1 Nr. 4 JMStV womöglich doch einer Korrektur bedarf, die schon de lege lata im Wege der Auslegung veranlasst ist.

cc) Die (Eignung zur) Störung des öffentlichen Friedens als Korrektiv

Letztlich wird man diese Frage aber verneinen müssen. Das – in § 4 I 1 Nr. 4 JMStV vorhandene – Kriterium der (Eignung zur) Störung des öffentlichen Friedens erweist sich bei richtiger Betrachtung als hinreichendes Korrektiv, wenn man es im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG auslegt.

Das BVerfG hat sich in der sog. Wunsiedel-Entscheidung, die sich auf den seinerzeit neu eingefügten § 130 IV StGB bezieht, mit dem Begriff der Störung des öffentlichen Friedens intensiv auseinandergesetzt. Es hält zum einen fest, dass der Begriff als Bestandteil einer in die Meinungsfreiheit gem. Art. 5 I GG eingreifenden Vorschrift nicht im Sinne eines Schutzes vor Provokation durch bestimmte Ideologien ausgelegt werden darf, sondern allein im Sinne einer Gewährleistung von Friedlichkeit, also als Schutz vor Aggression und Rechtsbruch.

- BVerfGE 124, 300 (334 f.). –

Zum anderen hat es thematisiert, ob das Merkmal der Störung des öffentlichen Friedens mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar ist.

- Konkreter Prüfungsmaßstab war, weil es mit § 130 IV StGB um eine strafrechtliche Vorschrift ging, Art. 103 II GG. –

Bedenken daran bestünden, sofern die Störung des öffentlichen Friedens das allein strafbegründende Tatbestandsmerkmal oder ein ergänzendes Tatbestandsmerkmal in Straftatbeständen wäre, die nicht schon durch andere Merkmale grundsätzlich tragfähige und hinreichend begrenzte Konturen hätten. Keine Bedenken bestünden hingegen, wenn die Störung des öffentlichen Friedens in Tatbeständen verwendet würde, deren andere, ausreichend konkrete Merkmale die Strafbarkeit trügen. Der Störung des öffentlichen Friedens käme dann allein die Funktion eines Korrektivs zu: Es könne ausnahmsweise dazu führen, dass die Strafbarkeit trotz Verwirklichung der anderen Tatbestände entfalle.

- BVerfGE 124, 300 (340 f.). –

Überträgt man diesen Gedanken – mit einer gewissen Vorsicht, weil die Anforderungen an die Bestimmtheit u.a. im JMStV nicht so streng sind wie im insofern besonders sensiblen Strafrecht – auf § 4 I 1 Nr. 4 JMStV, so ergibt sich folgendes Bild: Die dort beschriebenen Äußerungen sind im Rundfunk und in Telemedien prinzipiell unzulässig. Jedoch kann das Merkmal der (Eignung zur) Störung des öffentlichen Friedens dazu führen, dass ein Angebot im Einzelfall, etwa wegen der faktischen Privatheit der Äußerung, nicht unzulässig ist.

– Eine gewisse Skepsis gegen die Möglichkeit, eine Störung des öffentlichen Friedens positiv festzustellen, findet sich auch in der Literatur: *Erdemir*, in: Bornemann/Erdemir, JMStV, 2017, § 4 Rn. 35, führt aus, „strenggenommen müsste eine Störung des öffentlichen Friedens in jedem konkreten Einzelfall empirisch festgestellt werden, also auch dem Beweise zugänglich sein.“ –

Für die hier zu klärende Frage bedeutet das, dass auch § 4 I 1 Nr. 4 JMStV keine prinzipielle Öffentlichkeit voraussetzt. Fehlende Öffentlichkeit kann im Einzelfall dazu führen, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen der Unzulässigkeit nicht vorliegen. Das aber betrifft keinen gewissermaßen vorgelagerten Aspekt. Vielmehr geht es um die bei jedem aufsichtlichen Einschreiten erforderliche Klärung, ob die Voraussetzungen des Einschreitens im konkreten Einzelfall vorliegen.

e) Pornografie, § 4 I 1 Nr. 10, II 1 Nr. 1 JMStV

Nach § 4 I 1 Nr. 10, II 1 Nr. 1 JMStV sind Angebote unzulässig, wenn sie kinderpornografisch im Sinne des § 184b Abs. 1 des Strafgesetzbuches oder jugendpornografisch im Sinne des § 184c Abs. 1 des Strafgesetzbuches sind oder pornografisch sind und Gewalttätigkeiten oder sexuelle Handlungen von Menschen mit Tieren zum Gegenstand haben; dies gilt auch bei virtuellen Darstellungen. Gleiches gilt nach § 4 II 1 Nr. 1 JMStV für in sonstiger Weise pornografische Angebote. Letztere sind jedoch gem. § 4 II 2 JMStV in Telemedien – aber nicht im Rundfunk – zulässig, „wenn von Seiten des Anbieters sichergestellt ist, dass sie nur Erwachsenen zugänglich gemacht werden (geschlossene Benutzergruppe).“

aa) Kinder-, Jugend-, Tier- und Gewaltpornografie, § 4 I 1 Nr. 10 JMStV

Der Wortlaut von § 4 I 1 Nr. 10 JMStV sieht die Unzulässigkeit generell vor, ohne sie auf Angebote mit einem bestimmten Maß an Öffentlichkeit zu beschränken. Jedoch stellt es eine der möglichen Tathandlungen nach §§ 184b, 184c StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinder bzw. jugendpornographischer Schriften) dar, derartige Schriften der Öffentlichkeit zugänglich zu machen (§§ 184b I Nr. 1, 184c I Nr. 1 StGB).

Für § 4 JMStV kommt es darauf freilich nicht an: Abgesehen davon, dass „der Öffentlichkeit zugänglich machen“ sowohl in § 184b StGB als auch in § 184c StGB nur eine von diversen unter Strafe gestellten Tathandlungen ist, nimmt § 4 I 1 Nr. 10 JMStV nicht pauschal auf diese Vorschriften Bezug, sondern nur mit Blick auf den kinder bzw. jugendpornografischen Charakter der Angebote. „Tathandlung“ nach § 4 I 1 Nr. 10 JMStV ist das Verbreiten bzw. Zugänglichmachen im Rundfunk oder in Telemedien, ohne dass es hierfür eines bestimmten Maßes an Öffentlichkeit bedarf.

Dasselbe gilt für Angebote mit Gewalt bzw. Tierpornografie. Sie sind ebenfalls unzulässig nach § 4 I 1 Nr. 10 JMStV. Dass es nach § 184a S. 1 Nr. 1 StGB (u.a.) strafbar ist, entsprechende Darstellungen der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, wirkt sich auf § 4 I 1 Nr. 10 JMStV nicht aus, weil die Tathandlungen nicht übernommen werden.

– Zu dieser Abkopplung der Verbotstatbestände vom StGB s. einmal mehr o. a)cc)bbb). –

Im Übrigen ist § 4 I 1 Nr. 10 JMStV hinsichtlich der Gewalt und Tierpornographie noch stärker vom StGB „abgekoppelt“ als hinsichtlich der Kinder- und Jugendpornographie: Anders als §§ 184b, 184c StGB wird § 184a StGB in § 4 I 1 Nr. 10 JMStV überhaupt nicht genannt. Dass die Vorschrift kein bestimmtes Maß an Öffentlichkeit fordert, hätte freilich ohnehin schon festgestanden.

Bestätigt werden diese Befunde durch § 184d I StGB. Danach wird nach den §§ 184 bis 184c StGB auch bestraft, wer einen pornographischen Inhalt mittels Rundfunk oder Telemedien *einer anderen Person oder der Öffentlichkeit* zugänglich macht. Soweit das Zugänglichmachen also per (Rundfunk oder) Telemedium geschieht, setzt sogar die Strafbarkeit nicht mehr zwingend Öffentlichkeit voraus.

bb) *Sonstige Pornografie, § 4 II 1 Nr. 1 JMStV*

aaa) Der Verbotstatbestand und sein Verhältnis zu § 184 I StGB

§ 4 II 1 Nr. 1 JMStV ordnet die Unzulässigkeit von Angeboten an, die in sonstiger Weise pornografisch sind. Das sind pornografische Darstellungen, die nicht schon von § 4 I 1 Nr. 10 JMStV erfasst werden.

– *Erdemir*, in: Bornemann/Erdemir, JMStV, 2017, § 4 Rn. 121. –

Während § 184 I StGB als Verbreitung pornographischer Schriften (u.a.) bestimmte Formen der Verbreitung gerade in der Öffentlichkeit bzw. mit Bezug zu dieser unter Strafe stellt (s. § 184 I Nrn. 5, 7 und 9 StGB), statuiert § 4 II 1 Nr. 1 JMStV keine weiteren Anforderungen an die Art der Verbreitung. Insofern gilt, was oben schon mehrfach zu § 4 I JMStV ausgeführt wurde: Der Katalog unzulässiger Angebote in § 4 wurde „bewusst ohne pauschalen Verweis auf das StGB formuliert. Stattdessen werden einzelne unzulässige Angebote 'unbeschadet strafrechtlicher Verantwortlichkeit' aufgelistet. Dies hat zur Folge, dass auch zur Bestimmung dessen, was pornografisch ist, zwar auf den strafrechtlichen Pornografiebegriff zurückgegriffen werden muss, ihre Verbreitung im Rundfunk und ggf. auch in den Telemedien aber ohne Vorliegen subjektiver oder weiterer spezifisch strafrechtlicher objektiver Tatbestandsvoraussetzungen untersagt werden kann.“

– *Erdemir*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 4 JMStV Rn. 122. –

Auf ein bestimmtes Maß an Öffentlichkeit kommt es für § 4 II 1 Nr. 1 JMStV daher nicht an.

Auch dieser Befund findet eine Bestätigung in § 184d StGB. Der bereits angesprochene § 184d I 1 StGB – danach wird nach den §§ 184 bis 184c auch bestraft, wer einen pornographischen Inhalt mittels Rundfunk oder Telemedien *einer anderen Person oder der Öffentlichkeit* zugänglich macht –, erfasst auch die einfache Pornografie. Wenn das telemediale Zugänglichmachen entsprechender Angebote an einen Einzelnen sogar strafbar ist, ist es plausibel, dass die telemediale Verbreitung dieser Angebote erst recht unzulässig i.S.d. Jugendmedienschutzrechts ist.

bbb) Die Bedeutung der Regelung zu „geschlossenen Benutzergruppen“ in § 4 II 2 JMStV

Fraglich ist jedoch, wie sich die Regelung des § 4 II 2 JMStV auswirkt, nach der einfache Pornografie in Telemedien im Rahmen sog. geschlossener Benutzergruppen zulässig ist. Lässt sich dieser Norm – gewissermaßen im Umkehrschluss – entnehmen, dass die Unzulässigkeit eines Angebots ein bestimmtes Maß an Öffentlichkeit voraussetzt, weil es bei Fehlen dieser Öffentlichkeit zulässig ist?

Dieser Schluss lässt sich nicht ziehen. Er baut auf einem begrifflichen Gegensatzpaar auf, das die Gesetzessprache nicht kennt. „Geschlossene Benutzergruppe“ mag man alltagssprachlich als Gegensatz zu „Öffentlichkeit“ verstehen können. § 4 II 2 JMStV aber enthält eine (andere) Legaldefinition des Begriffs: Entscheidend für eine geschlossene Benutzergruppe im Sinne dieser Vorschrift ist allein, dass die Inhalte nur Erwachsenen zugänglich sind. Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, hängt allein vom eingesetzten Altersverifikationssystem ab,

– Dazu näher *Erdemir*, in: Bornemann/Erdemir, JMStV, 2017, § 4 Rn. 148 ff. –

nicht aber von der Zahl der potenziell Zugriffsberechtigten. Eine geschlossene Benutzergruppe i.S.v. § 4 II 2 JMStV kann beliebig groß sein. Sie kann aus einer beliebig großen Mehrzahl von persönlich nicht miteinander verbundenen Menschen bestehen, solange deren Volljährigkeit verifiziert ist.

– Deutlicher wird das in der strafrechtlichen Korrespondenznorm des § 184d I 2 StGB: Danach ist § 184d I 1 StGB (Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien) in Fällen des § 184 I StGB (einfache Pornographie) nicht anzuwenden, wenn durch technische oder sonstige Vorkehrungen sichergestellt ist, dass der pornographische Inhalt Personen unter achtzehn Jahren nicht zugänglich ist.

Anders formuliert: Die Öffentlichkeit eines Angebots und seine Zugänglichkeit nur in einer geschlossenen Benutzergruppe i.S.d. JMStV schließen sich nicht aus. Daher lässt sich auch der Umkehrschluss nicht ziehen, dass jenseits der geschlossenen Benutzergruppe Öffentlichkeit gefordert wäre.

ccc) Ergebnis zu bb)

Auch das Verbot einfacher Pornografie in § 4 II 1 Nr. 1 JMStV setzt kein bestimmtes Maß an Öffentlichkeit voraus.

f) Ergebnis zu 2.

Keiner der vorstehend betrachteten Verbotstatbestände des § 4 JMStV wird erst von einem bestimmten Maß an Öffentlichkeit an verletzt. Erst recht gilt das für die hier nicht näher erörterten Tatbestände, die schon dem Gesetzeswortlaut nach keine Anhaltspunkte dafür bieten, dass sie eine bestimmte Mindestöffentlichkeit voraussetzen.

III. ERGEBNIS ZU D.

Damit lässt sich festhalten, dass sämtliche Verbotstatbestände des JMStV ohne ein bestimmtes Maß an Öffentlichkeit verwirklicht werden können. Die betreffenden Angebote sind in Telemedien – abgesehen von einfacher Pornografie in geschlossenen Benutzergruppen – stets unzulässig.

Auf die Frage, ob bzw. unter welchen Umständen in Gruppen und Kanälen von Telegram ein bestimmtes Maß an Öffentlichkeit vorliegt, kommt es daher nicht an.

E. ZUSAMMENFASSUNG

Der Messengerdienst Telegram ist medienrechtlich als Telemedium einzustufen. Soweit in seinen Gruppen und Kanälen eingestellte Inhalte die Tatbestandsmerkmale des § 4 JMStV erfüllen, sind sie nach dieser Vorschrift unzulässig. Auf ein bestimmtes Maß an Öffentlichkeit kommt es dabei nicht an.

Düsseldorf, 09.02.2022

Professor Dr. Christian von Coelln

IMPRESSUM

Herausgeberin:

Landesanstalt für Medien NRW
Zollhof 2
D-40221 Düsseldorf

info@medienanstalt-nrw.de
www.medienanstalt-nrw.de

Verantwortlich:

Sabrina Nennstiel (Leiterin Kommunikation)
Dr. Meike Isenberg (Leiterin Forschung)

Autor:

Professor Dr. Christian von Coelln

Gestaltung:

Merten Durth (disegno kommunikation GbR)

Diese Publikation wird unter der Creative-Commons-Lizenz veröffentlicht
(CC BY-SA 4.0).

<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/legalcode.de>