

E. Völkerrechtliche Kernprobleme der Regulierung des „Mediensektors“ im Hinblick auf mögliche Spannungsverhältnisse mit dem Recht der EU

Jörg Ukrow⁶⁸⁰

I. Einführung

Medienregulierung ist im Zeitalter von Digitalisierung und Globalisierung nicht ausschließlich ein Regulierungssystem im Spannungsfeld mitgliedstaatlicher und unionsrechtlicher Regulierungsmöglichkeiten und -vorgaben. Mitgliedstaatliche wie unionsrechtliche Regulierungsbemühungen müssen sich vielmehr auch an die (insbesondere menschenrechtlichen) Vorgaben halten, die den jeweiligen Akteuren durch Vorgaben völkervertraglicher Art gesetzt sind. Diese Vorgaben können in inhaltlicher Hinsicht ihren Ursprung in völkervertraglichen Rechtsquellen mit universellem Geltungsanspruch – wie den Internationalen Menschenrechtspakten⁶⁸¹ –, mit regionalem Geltungsanspruch – wie der Europäischen Menschenrechtskonvention – oder mit regionalem Ausgangspunkt, aber globaler Öffnung in der Teilhabemöglichkeit – wie bei der Cybercrime-Konvention des Europarates⁶⁸² – haben. Im Zusammenhang dieser Studie stellen sich aber in erster Linie Fragen kompetenzrechtlicher Art: Unter welchen Voraussetzungen dürfen die EU oder ihre Mitgliedstaaten Medienakteure in ihre Regulierung einbeziehen, die qua Angehörigkeit, wie sie z.B. durch die Staatsangehörigkeit oder den Sitz eines Akteurs begründet wird, nicht der Rechtssphäre der EU zugeordnet werden können.

680 Der nachfolgende Abschnitt E knüpft an Vorüberlegungen in einem unveröffentlichten Gutachten wie der Studie *Ukrow/Cole*, Aktive Sicherung lokaler und regionaler Medienvielfalt – Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen der Förderung inhaltlicher Qualität in Presse-, Rundfunk- und Online-Angeboten an.

681 Vgl. Art. 19 und 20 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966 (BGBl. 1973 II 1553); Art. 15 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966 (BGBl. 1973 II 1569).

682 Übereinkommen über Computerkriminalität vom 23.11.2011, SEV-Nr. 185, in Deutschland in Kraft getreten am 1.7.2009 (BGBl. 2008 II, 1242); hierzu *Fink* in: *ZaöRV* 2014, 505, 506 ff.

Die weltweite Ausbreitung von Übertragungs- und Verbreitungsmöglichkeiten für Medien begründet globale Wirkungsrisiken des Verhaltens von Medieninhalte-Anbietern wie von Infrastruktur-Akteuren, die auf die Aggregation, Auswahl, Präsentation und Wahrnehmbarkeit von Medieninhalten Einfluss nehmen. Solche Risiken stellen sich in besonderer Weise in einer Situation, in der sowohl bei Empfangsgeräten für audiovisuelle Medieninhalte wie auch bei Medienintermediären, seien es Suchmaschinen, seien es soziale Netzwerke, Konzentrationstendenzen feststellbar sind – im letzteren Falle insbesondere über die Netzwerkeffekte digitaler Plattformökonomie.⁶⁸³ Indem der internationale Medienmarkt immer stärker von einem Oligopol von global operierenden, strukturell vernetzten, international operierenden Konzernen geprägt wird, stellt sich sowohl für die EU wie für deren Mitgliedstaaten die Frage nach einer völkerrechtskonformen Ausgestaltung einer Medienregulierung, die auch solche transnational agierenden Akteure mit global ausgerichteten Geschäftsmodellen in die Regulierung einbeziehen will.

II. Adressaten der Regulierung

1. Einleitung

Bei der Frage nach dem personellen Anwendungsbereich der Regulierung des „Mediensektors“ sind neben den europarechtlichen Grenzen, die einem Zugriff auf Personen und Unternehmen, die nicht ihren Wohnsitz bzw. Sitz im regulierendem Mitgliedstaat der EU haben, auf der Grundlage des Prinzips der Herkunftslandskontrolle gesetzt sind, auch die völkerrechtlichen Grenzen zu beachten, die einer Regulierung *ratione personae* gesetzt sind.⁶⁸⁴

683 Vgl. hierzu z.B. KEK, Sicherung der Meinungsvielfalt im digitalen Zeitalter, S. 429 ff.; Lobigs/Neuburger, Meinungsmacht im Internet und die Digitalstrategien von Medienunternehmen, S. 34 ff.; Neuburger/Lobigs, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltssicherung, S. 27 ff.

684 Soweit es dabei um die Klärung der Frage geht, ob die deutschen Regulierungsbehörden (rsp. das für die jeweils örtlich zuständige Landesmedienanstalt nach dem medienstaatsvertraglichen und jugendmedienschutzrechtlichen Organisationsrecht agierende Organ) befugt sind, wegen eines Verstoßes gegen materiellrechtliche Vorgaben des MStV und/oder des JMStV auch gegen ausländische Anbieter vorzugehen, bedarf es einer Auslegung des MStV wie des JMStV nach den klassischen Interpretationsmethoden semantischer, systematischer, teleologischer und historischer Auslegung (vgl. hierzu z.B. Larenz/Canaris, Methodenleh-

Im Zusammenhang mit der Frage, ob mitgliedstaatliche Medienregulierung oder Medienregulierung der EU auch auf (EU-) ausländische Anbieter Zugriff nehmen darf, stellt sich im Übrigen die Frage, inwieweit solche regulierenden Akte legislativer, exekutiver oder judikativer Art je nach Rechtspersönlichkeit des Anbieters auch an die Grundrechte – sei es des Grundgesetzes, namentlich die verfassungsrechtliche Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, sei es der europäischen Grundrechtsordnung – gebunden sind.⁶⁸⁵

2. Völkerrechtliche Rahmenbedingungen einer Adressierung ausländischer Anbieter

- a. Die Adressierung ausländischer Anbieter unter dem Blickwinkel des Gebots völkerrechtsfreundlicher Auslegung nationalen Rechts wie des Rechts der EU

Das Grundgesetz hat die deutsche öffentliche Gewalt programmatisch auf die internationale Zusammenarbeit (Art. 24 GG) und auf die europäische Integration (Art. 23 GG) festgelegt. Das Grundgesetz hat den allgemeinen Regeln des Völkerrechts Vorrang vor dem einfachen Gesetzesrecht eingeräumt (Art. 25 Satz 2 GG) und das Völkervertragsrecht durch Art. 59 Abs. 2 GG in das System der Gewaltenteilung eingeordnet. Es hat zudem die Möglichkeit der Einfügung in Systeme gegenseitiger kollektiver Sicherheit eröffnet (Art. 24 Abs. 2 GG), den Auftrag zur friedlichen Beilegung zwischenstaatlicher Streitigkeiten im Wege der Schiedsgerichtsbarkeit erteilt (Art. 24 Abs. 3 GG) und die Friedensstörung, insbesondere den Angriffskrieg, für verfassungswidrig erklärt (Art. 26 GG).

Mit diesem Normenkomplex zielt die deutsche Verfassung, auch ausweislich ihrer Präambel, darauf, die Bundesrepublik Deutschland als fried-

re der Rechtswissenschaft, S. 133 ff.; *Lodzig*, Grundriss einer verantwortlichen Interpretationstheorie des Rechts, S. 25 ff.; *Potacs*, Rechtstheorie, S. 153 ff.). Das hierbei gefundene Ergebnis muss sich sodann an den Maßstäben einer europa- und völkerrechtskonformen Auslegung messen lassen.

685 Die in diesem Abschnitt behandelte Frage nach der Befugnis zu Regulierungsmaßnahmen der EU und/oder ihrer Mitgliedstaaten ist im Übrigen deutlich zu unterscheiden von der Frage nach einer etwaigen Pflicht zum Tätigwerden, die nicht zuletzt aus staatlichen Schutzpflichten folgen könnte. Diese Pflichtdimension der Frage eines Vorgehens gegen ausländische Anbieter wird in Abschnitt E.IV erörtert.

liches und gleichberechtigtes Glied in eine dem Frieden dienende Völkerrechtsordnung der Staatengemeinschaft einzufügen. All dieses ist Ausdruck der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, das die Betätigung staatlicher Souveränität durch Völkervertragsrecht und internationale Zusammenarbeit sowie die Einbeziehung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts fördert und deshalb nach Möglichkeit so auszulegen ist, dass ein Konflikt mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland nicht entsteht.⁶⁸⁶

Das Grundgesetz ist jedoch nicht die weitesten Schritte der Öffnung für völkerrechtliche Bindungen gegangen. Das Völkervertragsrecht ist innerstaatlich nicht unmittelbar, das heißt ohne Zustimmungsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 GG, als geltendes Recht zu behandeln und – wie auch das Völkergewohnheitsrecht (vgl. Art. 25 GG) – nicht mit dem Rang des Verfassungsrechts ausgestattet. Dem Grundgesetz liegt deutlich die klassische Vorstellung zu Grunde, dass es sich bei dem Verhältnis des Völkerrechts zum nationalen Recht um ein Verhältnis zweier unterschiedlicher Rechtskreise handelt und dass die Natur dieses Verhältnisses aus der Sicht des nationalen Rechts nur durch das nationale Recht selbst bestimmt werden kann; dies zeigen die Existenz und der Wortlaut von Art. 25 und Art. 59 Abs. 2 GG. Die Völkerrechtsfreundlichkeit entfaltet ihre Wirkung nur im Rahmen des demokratischen und rechtsstaatlichen Systems des Grundgesetzes.⁶⁸⁷

Das Grundgesetz ordnet zwar weder die Unterwerfung der deutschen Rechtsordnung unter die Völkerrechtsordnung noch den unbedingten Geltungsvorrang von Völkerrecht vor dem Verfassungsrecht an. Es will aber „den Respekt vor friedens- und freiheitswahrenden internationalen Organisationen und dem Völkerrecht erhöhen, ohne die letzte Verantwortung für die Achtung der Würde des Menschen und die Beachtung der Grundrechte durch die deutsche öffentliche Gewalt aus der Hand zu geben“. Dem entspricht eine „aus der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes ergebende Pflicht, das Völkerrecht zu respektieren“.⁶⁸⁸

Aber nicht nur die deutsche Verfassungsrechtsordnung, sondern auch die Rechtsordnung der EU als eines Gebildes *sui generis*⁶⁸⁹ ist durch eine

686 BVerfGE 63, 343 (370); 111, 307 (317 f.).

687 BVerfGE 111, 307 (318).

688 BVerfGE 112, 1 (25 f.).

689 Vgl. hierzu BVerfGE 22, 293 (296).

Völkerrechtsfreundlichkeit geprägt.⁶⁹⁰ Da dieser Integrationsverbund seinen Ausgangspunkt wie seine primärrechtliche Fortentwicklung in einer Reihe völkerrechtlicher Gründungsakten hat, ist eine gewisse Völkerrechtsfreundlichkeit der EU schon von ihrer Wurzel her inhärent. Im EU-Vertrag wird diese Völkerrechtsfreundlichkeit nicht zuletzt in Art. 3 Abs. 5 Satz 2 EUV und Art. 21 Abs. 1 EUV bestätigt. Im AEUV wird diese Völkerrechtsfreundlichkeit durch dessen Art. 216 Abs. 2 bekräftigt:

- Nach Art. 3 Abs. 5 Satz 2 EUV leistet die EU „einen Beitrag ... zur strikten Einhaltung und Weiterentwicklung des Völkerrechts, insbesondere zur Wahrung der Grundsätze der Charta der Vereinten Nationen“.
- Nach Art. 21 Abs. 1 EUV lässt sich die EU bei ihrem Handeln auf internationaler Ebene „von den Grundsätzen leiten, die für ihre eigene Entstehung, Entwicklung und Erweiterung maßgebend waren und denen sie auch weltweit zu stärkerer Geltung verhelfen will“, wozu u.a. auch „die Achtung der Grundsätze der Charta der Vereinten Nationen und des Völkerrechts“ zählt.
- Nach Art. 216 Abs. 2 AEUV „(binden) die von der Union geschlossenen Übereinkünfte ... die Organe der Union und die Mitgliedstaaten“.

Nicht zuletzt aus der Präambel sowie den Art. 23 bis 26 GG ist die „offene Staatlichkeit“⁶⁹¹ sowie die „Völkerrechtsfreundlichkeit“ des Grundgesetzes, das heißt die Öffnung der deutschen Rechtsordnung für das Völkerrecht ableitbar. Besondere Bedeutung kommt dabei insbesondere Art. 25 GG zu, der lautet:

„Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes.“

Art. 25 Satz 1 GG erteilt einen generellen Rechtsanwendungsbefehl. Die Vorschrift hat zur Folge, dass „die allgemeinen Regeln des Völkerrechts

690 Vgl. hierzu auch *Schriewer*, Zur Theorie der internationalen Offenheit und der Völkerrechtsfreundlichkeit einer Rechtsordnung und ihrer Erprobung am Beispiel der EU-Rechtsordnung, S. 127 ff.

691 Vgl. hierzu z.B. *di Fabio*, Das Recht offener Staaten; *Fassbender*, Der offene Bundesstaat; *Giegerich* (Hrsg.), Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren.; *Häberle*, Der kooperative Verfassungsstaat, 141.-141 ff.; *Hobe*, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz; *Schorkopf*, Grundgesetz und Überstaatlichkeit; *Sommernann*, Offene Staatlichkeit: Deutschland, 3, 3 ff.; *Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit, S. 42.

ohne ein Transformationsgesetz, also unmittelbar, Eingang in die deutsche Rechtsordnung finden und dem deutschen innerstaatlichen Recht [...] im Range vorgehen“.⁶⁹² Zu den „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ i.S. des Art. 25 GG zählen das Völkergewohnheitsrecht, einschließlich des völkerrechtlichen *ius cogens*, sowie die anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze im Sinne von Art. 38 Abs. 1 Buchst. c) des IGH-Statuts.⁶⁹³

Zu diesen allgemeinen Regeln des Völkerrechts zählt auch der nachfolgend dargestellte Grundsatz der souveränen Gleichheit der Staaten, der heute insbesondere auch in Art. 2 Nr. 1 der UN-Charta eine völkervertragliche Verankerung (und in der *Friendly Relations Declaration*⁶⁹⁴ eine Auslegung) gefunden hat.⁶⁹⁵ Als Inhalte des Grundsatzes der souveränen Gleichheit werden traditionell angeführt, dass kein Staat ohne seinen Willen völkerrechtlichen Bindungen unterliegen soll und dass kein Staat sich durch die Gerichte anderer Staaten aburteilen lassen muss (*par in parem non habet iudicium*).⁶⁹⁶ Die Gebietshoheit und die Personalhoheit der Staaten⁶⁹⁷ sind unmittelbare Ausprägungen ihrer Souveränität; das Interventionsverbot dient dem Schutz der Souveränität, indem es anderen Staaten die Einmischung in die inneren Angelegenheiten untersagt.⁶⁹⁸

Auch die Pflicht zur strikten Einhaltung des Völkerrechts nach Art. 3 Abs. 5 Satz 2 EUV umfasst die Wahrung völkergewohnheitsrechtlicher Grenzen der Jurisdiktionsgewalt – in diesem Falle der EU. Dies folgt auch aus der Judikatur des EuGH, wonach die EU ihre regulatorischen Befugnisse, insbesondere auch ihre Rechtsetzungskompetenzen, unter Beachtung des Völkerrechts einschließlich der Regeln des Völkergewohnheitsrechts ausüben muss.⁶⁹⁹ Diese Grenze gilt aber nicht nur für legislative, sondern auch für exekutive Tätigkeiten der EU, was z.B. auch im Hinblick auf völkerrechtliche Pflichten zum Schutz der kulturellen Vielfalt, wie sie

692 BVerfGE 6, 309 (363).

693 Vgl. z.B. *Talmon* in: JZ 2013, 12, 13.

694 UN Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States vom 24.10.1970, International Legal Materials, 9 (1970), S. 1292 (auch abrufbar unter <http://www.un-documents.net/a25r2625.htm>).

695 Vgl. hierzu z.B. *Dombrowski*, Extraterritoriale Strafrechtsanwendung im Internet, S. 5; *Epping* in: Ipsen, § 5 Rn. 254 ff.; *Kau*, in: *Graf Vitzthum/Proelß* (Hrsg.), Dritter Abschnitt Rn. 87 ff.

696 Vgl. *Baker*, The Doctrine of Legal Equality of States, 1, 11 f.; *Kokott*, in: ZaöRV 2004, 517, 519.

697 Vgl. hierzu z.B. *Bertele*, Souveränität und Verfahrensrecht, S. 65 ff.

698 Vgl. z.B. *Stein/Buttlar/Kotzur*, Völkerrecht, S. 194 ff.

699 Vgl. EuGH, Rs. C-162/96, *Racke/ Hauptzollamt Mainz*, Rn. 45 f.

sich aus dem diesbezüglichen UNESCO-Abkommen ergeben, bedeutsam sein kann.⁷⁰⁰

Dass Vollzugsmaßnahmen einer Landesmedienanstalt auf der Grundlage des MStV und/oder des JMStV ebenso wie z.B. die Wettbewerbsaufsicht der EU-Kommission unter völkerrechtlichem Blickwinkel hoheitliches Handeln darstellen, ist unstrittig. Für die entsprechende Einordnung kommt es nicht darauf an, ob die betreffende Handlung Zwangscharakter aufweist.⁷⁰¹ Unabhängig von einem solchen Zwangscharakter ist auch die Einstufung der Maßnahme mit Blick auf die Frage eines Verstoßes gegen die Gebietshoheit eines Staates. Denn ein etwaiger Verstoß gegen diese Gebietshoheit durch Handlungen eines Staates oder der EU auf fremdem Staatsgebiet oder durch Maßnahmen mit extraterritorialer Wirkung kann nicht dadurch tatbestandlich entfallen, dass ein Zwangscharakter der Handlung resp. Maßnahme durch Einwilligung des betroffenen Privaten entfällt. Völkerrechtliche Gebote wie das der Achtung der Gebietshoheit stehen nämlich nicht zur Disposition von Privaten.⁷⁰²

Allerdings ergeben sich immanente Grenzen der Reichweite des Art. 25 GG wie des Art. 3 Abs. 5 Satz 2 EUV auch mit Blick auf das Gebot der Achtung der Gebietshoheit eines Drittstaates aus dem Völkerrecht selbst.⁷⁰³ Soweit das Völkerrecht der Geltung bzw. Anwendung des Völkergewohnheitsrechts Grenzen setzt, begrenzt dies auch dessen innerstaatliche Anwendung. Das BVerfG hat insoweit festgestellt, dass eine allgemeine Regel des Völkerrechts nur „mit ihrer jeweiligen völkerrechtlichen Tragweite“ Bestandteil des Bundesrechts wird.⁷⁰⁴ Wie nachfolgend im Einzelnen aufgezeigt wird, enthält das geltende Völkerrecht keinen Grundsatz (mehr),

700 Die EU hat am 18. Dezember 2006 das UNESCO-Übereinkommen über den Schutz und die Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen ratifiziert, das auch in Deutschland ratifiziert wurde. Ein wesentlicher Grund für die Beteiligung der EU liegt darin, dass die vom Übereinkommen betroffenen Bereiche z.T. Kompetenzen der EU, z.T. Kompetenzen der Mitgliedstaaten betreffen. Vgl. hierzu *Klamert* in: ZöR 2009, 217, 217 ff.

701 Vgl. auch BVerfGE 63, 343 (372).

702 Vgl. *Dombrowski*, Extraterritoriale Strafrechtsanwendung im Internet, S. 10 f.; *Geck*, Hoheitsakte auf fremdem Staatsgebiet 795, 795 f.; *Germann*, Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Internet, S. 642; *Okresek* in: ÖZöRV 1985, 325, 339 ff.; *Schmidt*, Die Rechtmäßigkeit staatlicher Gefahrenabwehrmaßnahmen im Internet, S. 264; *Valerius*, Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden in den Kommunikationsdiensten des Internet, S. 147.

703 Vgl. BVerfGE 15, 25 (34 f.); 23, 288 (317); 94, 315 (328); 95, 96 (129); 96, 68 (86); 112, 1 (25, 27 f.) sowie z.B. *Talmon* in: JZ 2013, 12, 12.

704 BVerfGE 46, 342 (403). Vgl. auch BVerfGE 18, 441 (448); 23, 288 (316 f.).

dass nationales oder unionales Verwaltungsrecht, sei es Medienrecht wie z.B. Jugendmedienschutz- oder Medienverbraucherschutzrecht von Mitgliedstaaten, sei es Wettbewerbsaufsichtsrecht der EU, nicht auch auf auslandsbezogene Inhalte angewendet werden darf.⁷⁰⁵

Insofern ist auch unter verfassungs- und europarechtlichem Blickwinkel bedeutsam, dass völkerrechtlich eine Jurisdiktionsgewalt auch desjenigen Staates oder derjenigen Staatengemeinschaft anerkannt ist, auf dessen Staatsgebiet oder deren territorialem Geltungsbereich sich Auswirkungen eines in einem Drittstaat getätigten Verhaltens zeitigen. Auch dieses objektive Territorialprinzip, das deutliche Parallelen zur Auswirkungstheorie im Kartellrecht aufweist,⁷⁰⁶ wird nachfolgend in seiner Bedeutung für eine extraterritorial wirkende deutsche Medienregulierung beleuchtet.

b. Völkerrechtliche Schranken der Rechtssetzungsgewalt und Vollzugsgewalt eines Staates mit Bezug auf ausländische Anbieter

Ein wichtiger Bestandteil der staatlichen Souveränität i.S. des Völkerrechts⁷⁰⁷ ist die als territoriale Souveränität verstandene Kontrolle über alle auf dem Staatsgebiet ausgeübte Hoheitsgewalt. Das eigene Territorium bleibt das im Wortsinne fundamentale Element eines Staates. Die Aufgliederung und rechtliche Ordnung der Welt erfolgt bis heute völkerrechtlich

705 Vgl. hierzu z.B. *Schmidt*, Die Rechtmäßigkeit staatlicher Gefahrenabwehrmaßnahmen, S. 257.

706 Vgl. *Fox* in: JILP 2009/2010, 159, 160, 167, 174; *Staker* in: Evans, International Law, S. 309 (316 ff.); *Oxman* in: MPEPIL, 546, 550; *Uerpmann-Witzack* in: GLJ 2010, 1245, 1254.

707 Souveränität i.S.d. Völkerrechts ist die von niemandem abgeleitete oder abhängige, nur punktuell durch Schranken aus der Völkerrechtsgrundordnung (Mindestanforderungen an einen minimalen Menschenrechtsschutz, Verbot der Sklaverei etc.) begrenzte, ansonsten aber uneingeschränkte rechtliche Handlungsfähigkeit des Staates im Innern und nach außen. Die Souveränität beinhaltet insbesondere das Recht und die Rechtsmacht zur freien Wahl und Ausgestaltung der politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Ordnung sowie die freie Wahl und Implementierung – und Verantwortung – eigener Lösungen zu allen auftretenden Sachproblemen für die politische Gemeinschaft und schließlich die freie Wahl und Ausübung – oder ggf. auch Einschränkung – der Kontakte zu anderen Staaten sowie internationalen und supranationalen Organisationen; vgl. zum völkerrechtlichen Begriff der Souveränität z.B. *von Arnould*, Völkerrecht, Rn. 89 ff., 312 ff.

gebietsbezogen.⁷⁰⁸ Allerdings geht mit dieser territorialen Souveränität auch eine völkergewohnheitsrechtlich anerkannte Verantwortlichkeit einher: Das Völkergewohnheitsrecht verbietet es einem Staat zu erlauben, dass sein Territorium genutzt wird, um Schaden auf dem Gebiet eines anderen Staates zu verursachen.⁷⁰⁹ Hieraus wird in der Völkerrechtslehre zumindest schon vereinzelt eine Pflicht des Staates abgeleitet, Menschenrechte extraterritorial zu respektieren und zu schützen.⁷¹⁰ Es deutet sich damit völkerrechtlich ein sich wandelnder Souveränitätsbegriff an, der nicht auf eine negative Abwehrseite beschränkt ist, sondern Souveränität auch als Verantwortung begreift. So verstanden verlangt Souveränität die Übernahme von Pflichten für die Wahrung zentraler Gemeinschaftsgüter auch dort, wo es um die Abwehr von Verletzungen von Schutzgütern durch Private geht.⁷¹¹

Mit Blick auf Schutzgüter wie Menschenwürde und Jugendschutz in vergleichbarer Weise entwicklungs offen bzw. von einer klassischen reinen staatenzentrierten Abwehr-Dogmatik zu einer Verantwortungsdogmatik in der Entwicklung befindlichen Betrachtungsweise zunehmend geprägt, erweist sich insoweit auch das völkerrechtliche Interventionsverbot. Dieses Verbot der Einmischung von Staaten in die inneren Angelegenheiten anderer Staaten zählt zu den die völkerrechtliche Ordnung konstituierenden

708 Die gebietsbezogenen Kompetenzen des Staates äußern sich in seiner Gebietshoheit, d.h. der (Ordnungs-)Gewalt in dem Gebiet, und in seiner territorialen Souveränität, d.h. der (Verfügungs-)Gewalt über das Gebiet. In der Staatenpraxis können beide auseinanderfallen, wenn es zur Ausübung von Hoheitsgewalt auf fremdem Staatsgebiet kommt. Souveränität i.S.d. Völkerrechts ist die von niemandem abgeleitete oder abhängige, nur punktuell durch Schranken aus der Völkerrechtsgrundordnung (Mindestanforderungen an einen minimalen Menschenrechtsschutz, Verbot der Sklaverei etc.) begrenzte, ansonsten aber uneingeschränkte rechtliche Handlungsfähigkeit des Staates im Innern und nach außen. Die Souveränität beinhaltet insbesondere das Recht und die Rechtsmacht zur freien Wahl und Ausgestaltung der politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Ordnung sowie die freie Wahl und Implementierung – und Verantwortung – eigener Lösungen zu allen auftretenden Sachproblemen für die politische Gemeinschaft und schließlich die freie Wahl und Ausübung – oder ggf. auch Einschränkung – der Kontakte zu anderen Staaten sowie internationalen und supranationalen Organisationen; vgl. *Gornig/Horn* (Hrsg.), *Territoriale Souveränität und Gebietshoheit*, S. 21 ff., 35 ff.

709 Vgl. *Trail Smelter Case* (U.S. v. Canada), in: *Reports of International Arbitral Awards*, 16. April 1938 und 11. März 1941, 1905 (1941), https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf.

710 Vgl. *de Schutter u.a.* in: *Human Rights Quarterly* 2012, 1084, 1169, 1095 f.

711 Vgl. *Seibert-Fohr* in: *ZaöRV* 2013, 37, 59 f.

Grundsätzen. Es ist zwar nicht ausdrücklich in der UN-Charta festgeschrieben,⁷¹² aber – auch jenseits von regionalen Kodifikationen – als Norm des Völkergewohnheitsrechts unstrittig anerkannt.

Für das Verständnis dieser Norm ist die sog. *Friendly Relations Declaration* der UN von besonderer Bedeutung, die auf die „*Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and on their Independence and Sovereignty*“ vom 21.12.1965 zurückgeht.⁷¹³ Demnach beinhaltet der Grundsatz die Pflicht, sich im Einklang mit der Charta nicht in Angelegenheiten einzumischen, die zur inneren Zuständigkeit eines Staates gehören:

„Kein Staat und keine Staatengruppe hat das Recht, sich aus irgendeinem Grund unmittelbar oder mittelbar in die inneren und äußeren Angelegenheiten eines anderen Staates einzumischen. Folglich sind die bewaffnete Intervention und alle anderen Formen von Einmischung oder Drohversuchen gegen die Rechtspersönlichkeit eines Staates oder gegen seine politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Bestandteile völkerrechtswidrig. Kein Staat darf wirtschaftliche, politische oder irgendwelche anderen Maßnahmen anwenden oder zu deren Anwendung ermutigen, um gegen einen anderen Staat Zwang in der Absicht anzuwenden, von ihm einen Verzicht auf die Ausübung souveräner Rechte zu erreichen oder von ihm Vorteile irgendwelcher Art zu erlangen. [...] Jeder Staat hat ein unveräußerliches Recht, sein politisches, wirtschaftliches, soziales und kulturelles System ohne irgendeine Form der Einmischung von Seiten eines anderen Staates zu wählen. Die vorstehenden Absätze dürfen nicht so ausgelegt werden, als beeinträchtigen sie die einschlägigen Bestimmungen der Charta, die sich auf die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit beziehen.“⁷¹⁴

Das Schutzobjekt des Interventionsverbotes sind die inneren Angelegenheiten eines Staates. Dazu zählen alle die Angelegenheiten, die nicht durch völkerrechtliche Vereinbarungen aus der alleinigen staatlichen Zuständigkeit herausgehoben wurden. Grundsätzlich kann man davon ausgehen, dass die Verfassungsordnung, das politische, wirtschaftliche, soziale und kulturelle System eines Staates zu den inneren Angelegenheiten eines Staates zählen. Zu diesen inneren Angelegenheiten zählt aber auch der administrative Zugriff hoheitlicher Gewalt auf die Staatsangehörigen und

712 Diese regelt in Art. 2 Ziff. 7 lediglich das Verbot der Einmischung seitens der UNO in die Angelegenheiten der Vertragsstaaten.

713 Vgl. *Seibert-Fohr* in: *ZaöRV* 2013, 37, 59 f.

714 Annex 2625 (XXV), angenommen am 24. Oktober 1970, S. 123, https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_RES_2625-Eng.pdf.

Staatszugehörigen eines Drittstaates. Allerdings nimmt der Umfang der inneren Angelegenheiten immer mehr ab, da durch die zunehmende Internationalisierung zahlreiche Fragen einer völkerrechtlichen Regelung unterzogen wurden. Das betrifft gerade auch das Gebiet der Menschenrechte, das auch in Bezug auf den Schutz der Menschenwürde und den Jugendmedienschutz zumindest in Teilbereichen zu einer internationalen Angelegenheit geworden ist.⁷¹⁵

Das Interventionsverbot setzt indessen nicht nur der Rechtsetzungsgewalt und Vollzugsgewalt eines Staates oder einer Staatengemeinschaft mit Bezug auf ausländische Anbieter Grenzen. Es kann zugleich mit Blick auf den Schutz inländischer Bürger vor ausländischen Einflüssen durch Internetangebote aktiviert werden. Einen besonders markanten Ausdruck hat diese aus dem Interventionsverbot abgeleitete Pflicht zur Abstandnahme von schädigenden Einwirkungen in der Erklärung des Ministerrates des Europarates zu *Internet Governance*-Prinzipien aus 2011 gefunden.⁷¹⁶

c. Die „genuine link“ Doktrin und das Vorgehen gegen ausländische Anbieter auf der Grundlage von MStV und JMStV

Der völkerrechtliche Begriff der Hoheitsgewalt von Staaten („*jurisdiction of states*“) beschreibt die Befugnis des Staates, die Rechts- und Lebensverhältnisse von natürlichen und juristischen Personen umfassend zu regeln. Gemäß dem in Art. 2 Abs. 1 der UN-Charta verankerten Grundsatz souveräner Gleichheit der Staaten und im Ergebnis des Interventionsverbots findet die Jurisdiktion eines Staates ihre Grenzen in der Jurisdiktion der anderen Staaten. Die wesentliche Ausprägung dieses Ansatzes ist, dass ein Staat (grundsätzlich nur) Gebietshoheit über sein Staatsgebiet und Personalhoheit über seine Staatsbürger ausüben darf. Eine Erweiterung dieser Jurisdiktionsgewalt bedarf einer völkervertragsrechtlichen Regelung oder einer Anerkennung im Völkergewohnheitsrecht. Dabei erfordert die Ausübung von solcher die Territorialhoheit und Personalhoheit übergreifender Juri-

715 Vgl. etwa *Ukrow* in: RdJB 2017, 278, 278 ff.

716 Das 3. Prinzip dieser Erklärung weist darauf hin, dass Staaten in Ausübung ihrer nationalen souveränen Rechte, „Abstand nehmen sollen von Handlungen, die direkt oder indirekt Personen oder Einrichtungen außerhalb ihres Territoriums negativ beeinflussen.“ Vgl. Europarat, Erklärung des Ministerkomitees des Europarates über *Internet Governance*-Prinzipien, angenommen bei der Sitzung der Stellvertreter der Minister am 21.9.2011, 1121.

diktion ein sog. *genuine link*.⁷¹⁷ Einem Staat sind danach völkerrechtlich nur Sachverhalte zur Regelung überantwortet, zu denen er nach einer Interessenabwägung mit den Souveränitätsinteressen anderer Staaten⁷¹⁸ einen hinreichend engen Bezug aufweist. Hierin findet nicht zuletzt das Willkürverbot seinen Ausdruck: Ein Staat darf Sachverhalte mit Auslandsbezug nur dann regeln, wenn dies nicht willkürlich erfolgt.⁷¹⁹

Ausgehend vom Grundsatz der Gebietshoheit sind zunächst das Territorialitäts- sowie das damit verbundene Auswirkungsprinzip als Anknüpfungstatbestände i.S. des *genuine-link*-Kriteriums anerkannt. Darüber hinaus werden die Staatszugehörigkeit (aktives Personalitätsprinzip) und der Schutz bestimmter staatlicher Interessen (passives Personalitäts- und Schutzprinzip) als solche Anknüpfungspunkte völkerrechtlich akzeptiert.⁷²⁰

Nach dem Territorialitätsprinzip haben Staaten Jurisdiktionshoheit über die auf dem eigenen Staatsgebiet belegenen Sachen und Personen.⁷²¹ Umfasst von dieser territorialen Jurisdiktionsgewalt sind aber nicht nur Handlungen, die sich auf dem Staatsgebiet ereignen, sondern nach dem – in Fortentwicklung des Territorialitätsprinzips anerkannten – (Aus-) Wirkungsprinzip auch solche Handlungen, deren Erfolg sich auf dem Staatsgebiet realisiert. Das (Aus-) Wirkungsprinzip ergänzt insoweit das objektive Territorialitätsprinzip, als die Gebietshoheit der Staaten auch eine Regelungsmöglichkeit für alle Einflüsse auf das Staatsgebiet nahelegt.⁷²²

Eine uneingeschränkte Geltung des sog. Auswirkungsprinzips würde allerdings bei der Frage, ob ein Staat wegen Angeboten im Internet, die in seinem Staatsgebiet abrufbar sind, hoheitliche Maßnahmen gegen den Anbieter, der diese Angebote ins Netz gestellt hat, ergreifen darf, zu unter völkerrechtlichem Blickwinkel unerwünschten Ergebnissen führen. Denn im

717 Vgl. hierzu z.B. *Ziegenhain*, Exterritoriale Rechtsanwendung und die Bedeutung des Genuine link Erfordernisses, S. 47 m.w.N.

718 Vgl. *Ziegenhain*, Exterritoriale Rechtsanwendung und die Bedeutung des Genuine link Erfordernisses, S. 47 f.

719 Vgl. *Dombrowski*, Extraterritoriale Strafrechtsanwendung im Internet, S. 53.

720 Vgl. *Tietje/Bering/Zuber*, Völker- und europarechtliche Zulässigkeit extraterritorialer Anknüpfung einer Finanztransaktionssteuer, S. 9.

721 Vgl. *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, S. 99; *Stein/von Buttlar/Kotzur*, Völkerrecht, Rn. 611 f.

722 Vgl. *Burmester*, Grundlagen internationaler Regelungskumulation und -kollision unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts, S. 95 ff., 104 ff.; *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, S. 99; *Stein/von Buttlar/Kotzur*, Völkerrecht, Rn. 613; *Tietje/Bering/Zuber*, Völker- und europarechtliche Zulässigkeit extraterritorialer Anknüpfung einer Finanztransaktionssteuer, S. 9.

Ergebnis eines solchen Ansatzes würde es zu potentiell universellen Kompetenzkonflikten kommen, da Inhalte im Internet regelmäßig von fast jedem Staat der Welt aus wahrnehmbar sind. Ohne Begrenzung des Auswirkungsprinzips müsste ein Angebot im Internet mit den Rechtsordnungen von über 200 Staaten übereinstimmen, um dem Anbieter Rechtssicherheit zu gewährleisten. Dies würde erkennbar die Möglichkeiten eines gewöhnlichen Online-Anbieters nachhaltig überschreiten. Solche nicht praktikablen und unangemessenen Ergebnisse sind erkennbar völkerrechtlich nicht gewollt.⁷²³

Eine Gestaltung des Angebots in deutscher Sprache kann zumindest dann als auf Deutschland ausgerichtet eingestuft werden, wenn keine Elemente hinzukommen, die dafür sprechen, dass durch das Angebot lediglich die Verkehrskreise in einem deutschsprachigen Drittstaat angesprochen werden sollten.⁷²⁴

Eine zielgerichtete Bestimmung auf eine Abrufbarkeit in oder eine Auswirkung auf Deutschland ist im Übrigen insbesondere gegeben, wenn sich ein Angebot konkret im Schwerpunkt oder ausschließlich mit der politischen, wirtschaftlichen, gesellschaftlichen, wissenschaftlichen oder kulturellen Situation Deutschlands in Gegenwart oder Vergangenheit befasst. Namentlich liegt ein *genuine link* mit Blick auf den Bezug zur Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland und die gegenbildlich identitätsprägende Bedeutung des Nationalsozialismus für die deutsche Rechtsordnung bei Verstößen gegen § 4 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1, 2, 3, 4 und 7 JMStV vor. Denn in diesen Normen findet die „gegenbildlich identitätsprägende Bedeutung des Nationalsozialismus für das Grundgesetz“⁷²⁵ ihr jugendmedienschutzrechtliches Pendant. Die menschenverachtende Gewalt- und Willkürherrschaft des Nationalsozialismus war und ist für die Ausgestaltung der Verfassungsordnung von wesentlicher Bedeutung, so dass das Grundgesetz geradezu als Gegenentwurf zu dem Totalitarismus des nationalsozialistischen Regimes angesehen werden kann.⁷²⁶ Diejenigen Rege-

723 Dies hat der IGH im Übrigen bereits in der vor digitalen Zeit im sogenannten *Barcelona Traction* Fall (ICJ Reports 1970, S. 3 Rn. 70, 101) (an-) erkannt und im Fall konkurrierender Anknüpfungspunkte zwischen diesen abgewogen und für die Kompetenzbegründung eines Staates auf den engeren Anknüpfungspunkt abgestellt. Vgl. hierzu z.B. auch *Dombrowski*, Extraterritoriale Strafrechtsanwendung im Internet, S. 60 f.

724 Eine entsprechende Ausrichtung auf einen Drittstaat stellt es z.B. dar, wenn die Preise für die Wahrnehmung eines Angebots ausschließlich in Schweizer Franken angegeben werden; vgl. OLG München, Urteil v. 8.10.2009, 29 U 2636/09.

725 BVerfGE 124, 300 (327 f.); BVerfG, Urteil v. 17.1.2017, 2 BvB 1/13, Rn. 591, 596.

726 BVerfGE 124, 300 (328); BVerfG, Urteil v. 17.1.2017, 2 BvB 1/13, Rn. 596.

lungen des JMStV, die Angebote zur Abgrenzung von der menschenverachtenden Gewalt- und Willkürherrschaft des Nationalsozialismus für unzulässig erklären, weisen mit Blick auf diese gegenbildlich identitätsprägende Bedeutung einen solch starken Bezug zur Verfassungsidentität Deutschlands auf, dass von einem *genuine link* ausgegangen werden kann.⁷²⁷

Auch wer als ausländischer Anbieter ein eigenes Angebot in eine Plattform eines Anbieters aufnehmen lässt, der seinerseits seinen Sitz in Deutschland hat und/oder sein Angebot ausschließlich oder zumindest auch in Deutschland zugänglich macht, zielt darauf, auch sein Angebot in Deutschland zugänglich zu machen. Er bemüht sich damit um eine Relevanz seines Angebots für den Prozess individueller und öffentlicher Meinungsbildung in Deutschland, was für die Begründung eines *genuine link* genügt. Gleiches gilt namentlich auch für einen ausländischen Anbieter, der auf eine vorrangige Berücksichtigung seines Angebots bei Suchanfragen in Deutschland hinwirkt. Wird in Deutschland generell oder über individualisierte Ansprache von in Deutschland Ansässigen für das Angebot eines ausländischen Anbieters geworben, so spricht dies unabhängig von der Sprache des Angebots selbst dafür, dass sich das beworbene Angebot bewusst und gewollt zumindest auch in Deutschland auswirken soll. Auch in Deutschland stattfindende kommerzielle Kommunikation für ein ausländisches Angebot begründet damit einen *genuine link* zu diesem Angebot. Schließlich begründet auch eine Mitgliedschaft in einer anerkannten Einrichtung der freiwilligen Selbstkontrolle einen *genuine link* zum deutschen System der regulierten Selbstkontrolle und hierüber zu der Bundesrepublik Deutschland.

Der Medienstaatsvertrag der Länder bewegt sich in diesem völkerrechtlichen Kontext, wenn er in § 1 Abs. 8 Satz 1 regelt, dass dieser Staatsvertrag

727 Dieser Anknüpfungspunkt mag zwar mit Blick auf die Öffnung des Völkerstrafgesetzbuchs für eine Vielzahl der in § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 JMStV angesprochenen Tatbestände auf Drittstaaten neben Deutschland zweifelhaft sein, da insoweit die mit dem *genuine link* verbundene Zielsetzung einer Einschränkung des Wirkungsprinzips gefährdet sein könnte. Allerdings zeigen nicht zuletzt die Genese des Völkerstrafrechts in Wurzeln des NS Unrechts wie die fortdauernde redaktionelle Sonderbehandlung Deutschlands über die Feindstaaten-Klausel der UN Charta die besondere Verantwortung Deutschlands auf, die in der völkerrechtlichen Befugnis zum wehrhaften Tätigwerden auch gegenüber ausländischen Gefährdern der freiheitlich demokratischen Grundordnung und des antinazistischen Erbes nach dem Grundsatz „keine Freiheit für die Feinde der Freiheit“ ein zweckmäßiges Pendant findet. Vgl. hierzu auch Ukrow, Wehrhafte Demokratie 4.0.

„für Medienintermediäre, Medienplattformen und Benutzeroberflächen (gilt), soweit sie zur Nutzung in Deutschland bestimmt sind“, und dabei in Satz 2 der Norm regelt, dass „Medienintermediäre, Medienplattformen oder Benutzeroberflächen ... dann als zur Nutzung in Deutschland bestimmt anzusehen (sind), wenn sie sich in der Gesamtschau, insbesondere durch die verwendete Sprache, die angebotenen Inhalte oder Marketingaktivitäten, an Nutzer in Deutschland richten oder in Deutschland einen nicht unwesentlichen Teil ihrer Refinanzierung erzielen.“ Gleiches gilt für den JMStV in der Fassung des Staatsvertrages zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland, wenn dieser in § 2 Abs. 1 Satz 2 nunmehr regelt, dass die Vorschriften dieses Staatsvertrages auch für Anbieter (gelten), die ihren Sitz nach den Vorschriften des Telemediengesetzes sowie des Medienstaatsvertrages nicht in Deutschland haben, soweit die Angebote zur Nutzung in Deutschland bestimmt sind und unter Beachtung der Vorgaben der Artikel 3 und 4 der AVMD-Richtlinie, sowie des Artikels 3 der ECRL. Wann von der Bestimmung zur Nutzung in Deutschland auszugehen ist, regelt § 2 Abs. 1 Satz 3 JMStV in seiner Fassung durch den Modernisierungsvertrag dabei textidentisch zu § 1 Abs. 8 Satz 2 MStV.

Das aktive Personalitätsprinzip, das an die Personalhoheit eines Staates anknüpft, gewährt einem Staat eine umfassende Herrschaftsgewalt über die Rechte und Pflichten seiner Staatsangehörigen. Dies gilt unabhängig davon, ob sich diese im In- oder Ausland aufhalten.⁷²⁸ Vom aktiven Personalitätsprinzip umfasst sind auch kommerzielle audiovisuelle Aktivitäten jedweder Art – vom Veranlassen von Rundfunk über das Anbieten von Telemedien bis zum Selektieren, Aggregieren und Präsentieren von Inhalten. Mithin bietet das (aktive) Personalitätsprinzip auch einen Ansatz, Vollzugsmaßnahmen wegen einer Verletzung des MStV oder des JMStV gegenüber ausländischen Anbietern zu ergreifen, soweit es sich bei diesen Anbietern um im Ausland ansässige eigene Staatsangehörige handelt.

Im Unterschied zum aktiven Personalitätsprinzip hat das passive Personalitätsprinzip seinen Ausgangspunkt nicht in der Personalhoheit eines Staates, sondern ist in dessen Interesse begründet, Taten gegen eigene Staatsangehörige zu verhindern bzw. zu verfolgen. Obwohl (noch) nicht davon ausgegangen werden kann, dass dieses Prinzip völkergewohnheits-

728 Vgl. *Burmester*, Grundlagen internationaler Regelungskumulation und -kollision unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts, S. 103 f.; *Crawford*, *Brownlie's Principles of Public International Law*, S. 459 f.; *Kment*, Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln, S. 114 ff.; *Stein/von Buttlar/Kotzur*, Völkerrecht, Rn. 617; *Tietje/Bering/Zuber*, Völker- und europarechtliche Zulässigkeit extraterritorialer Anknüpfung einer Finanztransaktionssteuer, S. 9.

rechtliche Anerkennung gefunden hat, lässt sich der Staatenpraxis zumindest eine Duldung bei bestimmten Delikten entnehmen.⁷²⁹ Das dem passiven Personalitätsprinzip verwandte Schutzprinzip ermöglicht im Übrigen eine extraterritoriale Anknüpfung bei Sachverhalten, die staatliche Interessen von besonderer Bedeutung gefährden.⁷³⁰

d. Völkerrechtliche Anknüpfungspunkte und Schranken der
Rechtsetzungsgewalt und Vollzugsgewalt eines Staates (jurisdiction to prescribe und jurisdiction to enforce)

Im Ergebnis der sog. *Lotus*-Judikatur hat sich in Bezug auf die Jurisdiktionsgewalt eines Staates oder sonstigen Völkerrechtssubjekts wie z.B. der EU im Völkerrecht die anerkannte und für eine präzise Erfassung von Jurisdiktionsproblemen unumgängliche Differenzierung zwischen der Rechtssetzungsgewalt, der Vollzugsgewalt und der Rechtsprechungsgewalt dieses Völkerrechtssubjekts (*jurisdiction to prescribe*, *jurisdiction to enforce* und *jurisdiction to adjudicate*) entwickelt.⁷³¹

Für die völkerrechtliche Beurteilung der Zulässigkeit extraterritorialer Sachverhaltsanknüpfung ist zunächst zwischen dem *räumlichen Geltungsbereich* und dem *sachlichen Anwendungsbereich* einer Norm zu differenzieren.⁷³² Der räumliche Geltungsbereich bestimmt, in welchem territorialen Bereich eine Norm Geltung beansprucht. Im Falle einer verwaltungsrechtlichen Norm regelt der räumliche Geltungsbereich mithin den Bereich, in dem die Norm Behörden und Gerichte bei ihrer administrativen bzw. ju-

729 Vgl. *Burmester*, Grundlagen internationaler Regelungskumulation und -kollision unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts, S. 107 ff.; *Stein/von Buttlar/Kotzur*, Völkerrecht, Rn. 620 f.; *Tietje/Bering/Zuber*, Völker- und europarechtliche Zulässigkeit extraterritorialer Anknüpfung einer Finanztransaktionssteuer, S. 9 f.

730 Vgl. *Burmester*, Grundlagen internationaler Regelungskumulation und -kollision unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts, S. 98 ff.; Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht, Band I/1, S. 321; *Kment*, Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln, S. 123 f.; *Stein/von Buttlar/Kotzur*, Völkerrecht, Rn. 622; *Tietje/Bering/Zuber*, Völker- und europarechtliche Zulässigkeit extraterritorialer Anknüpfung einer Finanztransaktionssteuer, S. 10.

731 Vgl. hierzu z.B. *Crawford*, *Brownlie's Principles of Public International Law*, S. 456; *Epping/Gloria* in: Ipsen, Völkerrecht, § 23 Rn. 86; *Schweisfurth*, Völkerrecht, 9. Kapitel, Rn. 177.

732 Vgl. *Epping/Gloria*, in: Ipsen, Völkerrecht, § 23 Rn. 87; *Tietje/Bering/Zuber*, Völker- und europarechtliche Zulässigkeit extraterritorialer Anknüpfung einer Finanztransaktionssteuer, S. 6.

dikativen Tätigkeit bindet. Der sachliche Anwendungsbereich regelt demgegenüber, auf welche Sachverhalte eine Norm anwendbar ist. Dies können ggf. auch Sachverhalte außerhalb des territorialen Hoheitsgebietes des Staates sein, dessen Behörde auf der Grundlage einer verwaltungsrechtlichen Norm hoheitlich tätig geworden ist. Völkerrecht steht einer Unterscheidung zwischen Geltungs- und Anwendungsbereich nicht per se entgegen.⁷³³

Gemäß den fortdauernd den Stand der Völkerrechtsdogmatik wiedergebenden Ausführungen des Ständigen Internationalen Gerichtshofs (StIGH) des Völkerbundes in seiner *Lotus*-Entscheidung aus 1927⁷³⁴ bleibt der räumliche Anwendungsbereich der Jurisdiktionsausübung im Regelfall zwar auf das eigene Territorium eines Staates beschränkt. Allerdings ergibt sich aus dem Urteil zugleich, dass Staaten frei sind, sachlich an Vorgänge im Ausland anzuknüpfen.⁷³⁵ In das Gebot der Achtung fremder Hoheitsrechte greift die hoheitliche Regulierung eines Staates A deshalb nicht schon dann ein, wenn ein Staat B die Vornahme einer auf seinem Staatsge-

733 Vgl. hierzu z.B. *Koch*, Die grenzüberschreitende Wirkung von nationalen Genehmigungen für umweltbeeinträchtigende industrielle Anlagen, S. 32 f.; *Linke*, Europäisches Internationales Verwaltungsrecht, S. 28 f.; *Ohler* in: DVBl. 2007, 1083, 1088.

734 „Not the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that – failing the existence of a permissive rule to the contrary – it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or convention. It does not, however, follow that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law. Such a view would only be tenable if international law contained a general prohibition to States to extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, and if, as an exception to this general prohibition, it allowed States to do so in certain specific cases. But this is certainly not the case under international law as it stands at present. Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable“. The Case of the S.S. *Lotus*, Judgment No. 9, P.C.I.J., Series A, No. 10 (1927), 18 f.

735 Vgl. *Tietje/Bering/Zuber*, Völker und europarechtliche Zulässigkeit extraterritorialer Anknüpfung einer Finanztransaktionssteuer, S. 7.

biet stattfindenden Handlung erlaubt, der Staat A indessen eine solche Handlung unabhängig davon, wo sie erfolgt, verwaltungsrechtlich verbietet und hoheitliche Gewalt des Staates A dieses Verwaltungsrecht auch bei Sachverhalten mit Drittstaatenbezug für anwendbar erklärt und eben dieses Verhalten wegen seiner Auswirkungen auf dem eigenen Staatsgebiet sanktioniert.⁷³⁶

Nach der *Lotus*-Entscheidung steht es Staaten weitgehend frei, wie weit sie den sachlichen Anwendungsbereich ihrer Rechtsordnung ausdehnen wollen. Rechtssetzungsgewalt ist völkerrechtlich insofern nicht exklusiv, sondern immer nur konkurrierend.⁷³⁷ Demgegenüber ist die Vollzugsgewalt aufgrund der territorial beschränkten Gebietshoheit weitreichenden Beschränkungen unterworfen, sofern es um den Vollzug von Rechtsnormen außerhalb des Hoheitsgebietes der vollziehenden Staatsgewalt geht.⁷³⁸ Allerdings steht die judikative Zurückhaltung in Bezug auf Fragestellungen eines extraterritorial wirkenden verwaltungsrechtlichen Verhaltens von Regulierungsbehörden sowie das bislang nur rudimentär vorhandene völkervertragsrechtliche Normenmaterial zu einem solchen über Grenzen hinausgreifenden Verhalten der völkerrechtlichen Zulässigkeit eines solchen Verhaltens nicht per se entgegen.

Das Völkerrecht verlangt nach alledem nicht, dass der räumliche Geltungsbereich nationaler Regelungen an der Staatsgrenze enden muss. Völkerrechtswidrig ist es demgegenüber grundsätzlich, wenn eine deutsche Behörde eigenständig Hoheitsgewalt auf fremdem Territorium ausübt, weil das Völkerrechtssubjekt Deutschland in diesem Fall regelmäßig in die Souveränität des betreffenden Drittstaates eingreift.⁷³⁹

Diese Absichtung ist auch bedeutsam bei der Unterscheidung von *jurisdiction to prescribe* und *jurisdiction to enforce*. Während der sachliche Anwendungsbereich von MStV und JMStV, auf den hin die *jurisdiction to prescribe* ausgerichtet ist, auch jenseits der Bundesrepublik Deutschland eröffnet sein kann, ist der räumliche Geltungsbereich der beiden Staatsverträge,

736 So im Ansatz *Dombrowski*, Extraterritoriale Strafrechtsanwendung im Internet, S. 51.

737 *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Band I/1, S. 319.

738 Vgl. *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Band I/1, S. 318 f.; *Tietje/Bering/Zuber*, Völker und europarechtliche Zulässigkeit extraterritorialer Anknüpfung einer Finanztransaktionssteuer, S. 7.

739 Vgl. auch *Bertele*, Souveränität und Verfahrensrecht, S. 78 ff., 89.93; *Dombrowski*, Extraterritoriale Strafrechtsanwendung im Internet, S. 52; *Ziegenhain*, Exterritoriale Rechtsanwendung und die Bedeutung des Genuine-link-Erfordernisses, S. 2 ff.

auf den hin die *jurisdiction to enforce* ausgerichtet ist, auf das Gebiet der sechzehn Länder der Bundesrepublik Deutschland begrenzt. Eine *jurisdiction to enforce* außerhalb der Bundesrepublik würde nur dann eröffnet, wenn dies zum einen innerstaatlich vorgesehen würde und diese innerstaatliche Regelung zudem völkervertragsrechtlich abgesichert wäre.

3. Die grenzüberschreitende Anwendung deutscher Medienregulierung – Staatsvertragliche Ausgangspunkte in MStV und JMStV und ihre Interpretation

Der JMStV selbst enthält an keiner Stelle die Begriffe „Ausland“, „Ausländer“ oder vergleichbare Begrifflichkeiten. Insofern erweist er sich bei semantischer Auslegung in Bezug auf die Fragestellung, ob die Landesmedienanstalten oder das Organ KJM auf ausländische Anbieter Zugriff nehmen können, auf den ersten Blick als neutral. Allerdings bestimmt § 2 Abs. 1 Satz 2 JMStV in seiner durch Art. 3 Nr. 2 Buchst. a) des Staatsvertrags zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland geschaffenen Fassung ausdrücklich, dass die Vorschriften des JMStV „auch für Anbieter (gelten), die ihren Sitz nach den Vorschriften des Telemediengesetzes sowie des Medienstaatsvertrages nicht in Deutschland haben“, soweit die Angebote zur Nutzung in Deutschland bestimmt sind und unter Beachtung der Vorgaben der Artikel 3 und 4 der novellierten AVMD-Richtlinie sowie des Artikels 3 der ECRL. Dies spricht semantisch für die grenzüberschreitende Offenheit des JMStV.

Für den MStV ergibt sich demgegenüber bereits vom Wortlaut des § 106 Abs. 1 Satz 2 MStV eine Öffnung in Richtung auf eine grenzüberschreitende Anwendung der staatsvertraglichen Normen: Für bundesweit ausgerichtete Angebote entscheidet danach aufsichtlich, sofern „der Veranstalter oder Anbieter seinen Sitz im Ausland (hat)“, die Landesmedienanstalt, „die zuerst mit der Sache befasst worden ist“. Von wem der Befassungsimpuls ausging, ist insoweit ohne Bedeutung; auch ein Agieren auf Eigeninitiative von Amts wegen ist danach möglich.

Dieses semantische Ergebnis, das auch nicht durch den Titel des MStV wie JMStV verklammernden Staatsvertrages zur Modernisierung der Medienordnung „in Deutschland“ relativiert zu werden vermag, wird durch teleologische Erwägungen bestätigt: So ist z.B. Zweck des JMStV nach dessen § 1 „der einheitliche Schutz der Kinder und Jugendlichen vor Angeboten in elektronischen Informations- und Kommunikationsmedien, die deren Entwicklung oder Erziehung beeinträchtigen oder gefährden, sowie der Schutz vor solchen Angeboten in elektronischen Informations- und

Kommunikationsmedien, die die Menschenwürde oder sonstige durch das Strafgesetzbuch geschützte Rechtsgüter verletzen“. Auch diese Zweckrichtung ist nicht ausdrücklich territorial eingeeht. § 1 nimmt nach seinem Wortlaut weder nur Kinder und Jugendliche, die in der Bundesrepublik Deutschland wohnhaft sind oder Staatsangehörige der Bundesrepublik Deutschland sind, in den Blick, noch bezieht er sich ausschließlich auf Angebote in elektronischen Informations- und Kommunikationsmedien, die über ein Kriterium wie z.B. den Sitz des Anbieters in der Bundesrepublik Deutschland zurechenbar sind. Vielmehr ist die Zweckrichtung des § 1 JMStV adressatenbezogen in doppelter Weise – sowohl mit Blick auf die Begünstigten resp. Geschützten wie mit Blick auf die Gefährder – territorial offen formuliert.

Auch historische Aspekte bekräftigen das Ergebnis der Offenheit hin zu grenzüberschreitend wirkräftiger Regulierung. Zwar finden sich in der amtlichen Begründung zum Jugendmedienschutz-Staatsvertrag⁷⁴⁰ keine ausdrücklichen Ausführungen zur Frage, ob die KJM für die Befassung mit Angeboten zuständig ist, die vom Ausland aus verbreitet und in Deutschland rezipiert werden können. Allerdings findet sich in der amtlichen Begründung zu § 13 JMStV folgende Passage, die mit Blick auf die Beantwortung dieser Frage von erheblicher Bedeutung ist:

„§ 13 betrifft den Anwendungsbereich der Vorschriften über das Verfahren sowie den Vollzug für Anbieter mit Ausnahme des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Die §§ 14 bis 21 sowie § 24 Abs. 4 Satz 6 gelten danach nur für länderübergreifende Angebote. Länderübergreifende Angebote sind dabei sowohl bundesweit verbreitete oder zugänglich gemachte Angebote als auch Angebote, die nur in dem Gebiet von mehreren Ländern verbreitet oder zugänglich gemacht werden. Alle Angebote im Internet sind ohnehin länderübergreifend.“

Der letzte Satz ist in mehrfacher Hinsicht für die die vorliegenden Zusammenhänge bedeutsam:

- Erstens nimmt der Gesetzgeber zur Kenntnis, dass „alle Angebote im Internet“ länderübergreifend sind. „Alle“ meint dabei erkennbar nicht nur diejenigen Angebote, die ihren Ursprung in der Bundesrepublik Deutschland haben.
- Für die Internet-Angebote geht der Gesetzgeber zweitens – wie die Kennzeichnung „ohnehin“ belegt – von einer offenkundigen Zustän-

740 Abrufbar unter http://www.kjm-online.de/fileadmin/Download_KJM/Recht/Amtliche_Begrueundung_zum_JMStV_korrigiert.pdf.

digkeit der KJM über das tatbestandliche Anknüpfungsmerkmal „länderübergreifend“ aus.

- Drittens verzichtet der Gesetzgeber auf eine Differenzierung bei der Zuständigkeit der KJM je nachdem, ob ein Internet-Angebot seinen Ursprung in Deutschland oder einem Drittstaat hat. Eine solche Differenzierung hätte indessen mit Blick auf den vom Gesetzgeber erkannten potentiell globalen Problemhaushalt von jugendmedienschutzrechtlich bedenklichen Angeboten nahegelegen, wenn der Gesetzgeber die Zuständigkeit der KJM von vornherein ausschließlich auf Sachverhalte begrenzen wollte, die einzig inländische Anknüpfungspunkte aufweisen.

Einer solchen Differenzierung zur Begrenzung der Zuständigkeit der KJM mit Blick auf die Erkenntnis der internationalen Wirkungsmöglichkeiten im Internet hätte es nur dann nicht bedurft, wenn schon aus völkerrechtlichen Gründen heraus eine Zuständigkeit der KJM für Fälle, in denen die Verletzung der materiell-rechtlichen Bestimmungen des JMStV vom Ausland ausgeht, nicht in Frage kommt.

Für die Frage, ob der Gesetzgeber auch ausländische Angebote im Blick hat, ist zudem die amtliche Begründung von § 5 Abs. 3 JMStV bedeutsam. Diese lautet:

„Als Alternative für Rundfunk und Telemedien sieht der Staatsvertrag vor, dass aufgrund der Zeit des Verbreitens oder Zugänglichmachens der Anbieter davon ausgehen kann, dass Kinder oder Jugendliche diese Angebote nicht wahrnehmen. Diese aus dem bisherigen Recht übernommene Regelung gilt auch für Telemedien. Auch hier hat sich gezeigt, dass mit entsprechender Software das zeitzoneübergreifende Angebot für einzelne Zeitzone gesperrt und damit über den Zeitraum eines Tages unterschiedlich ausgestaltet werden kann. Dies ist jedoch nur eine Option für einen Anbieter, die ihm im Übrigen die Möglichkeit lässt, nach Nummer 1 durch technische oder sonstige Mittel andere Vorkehrungen zu treffen.“

Eine solche Passage zur Behandlung eines zeitzoneübergreifenden Angebots wäre überflüssig, wäre der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass überhaupt nur inländische Angebote Gegenstand eines etwaigen regulatorischen Zugriffs auf der Grundlage des JMStV sein können.

Die Landesmedienanstalten sind danach unter maßgeblicher Berücksichtigung einer semantischen, teleologischen und historischen Auslegung von MStV und JMStV zu Vollzugsmaßnahmen gegen ausländische Anbieter wegen Verletzung materiell-rechtlicher Vorgaben des MStV und/oder des JMStV befugt.

4. Die Zugriffsmöglichkeit auf ausländische Anbieter nach dem MStV und dem JMStV unter dem Blickwinkel des Rechts der EU – eine erste Betrachtung

a. Einleitung

Es geht bei der Frage des Verhältnisses von nationalem Medienrecht und EU-Recht nicht (mehr) um das Problem, ob Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG Sperrwirkung gegenüber Normen des sekundären EU-Rechts setzt.⁷⁴¹ Diese Frage ist spätestens seit der Entscheidung des BVerfG zur Fernsehrichtlinie der damaligen EWG⁷⁴² im Grundsatz in Richtung auf eine verfassungsgerichtliche Anerkennung der Regelungskompetenz der EU in Bezug auf audiovisuelle Medien unter Binnenmarkt-Blickwinkel geklärt. Es geht vielmehr um die Frage, ob das Recht der EU einem Ansatz, der Regulierungskompetenzen inländischer Behörden gegenüber (EU-) ausländischen Anbietern grundsätzlich anerkennt, von vornherein Schranken setzt.

Das in der Präambel sowie Art. 23 GG verankerte Ziel der Bundesrepublik, als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen, ist zwar, wie nicht zuletzt das BVerfG in seiner Entscheidung zum Vertrag von Lissabon⁷⁴³ betont hat, verfassungsgebunden; die Verfassung ist ihrerseits aber europäoffen und darüber hinausreichend auch auf internationale Zusammenarbeit ausgerichtet.⁷⁴⁴ Daraus ergibt sich als Schlussfolgerung, dass das Grundgesetz nicht von einem Nebeneinander von nationaler, europäischer und Völkerrechtsordnung ausgeht,⁷⁴⁵ sondern insbesondere auch eine Verschränkung und Einbeziehung des europäischen Gemeinwohls in die Auslegung und Anwendung der Grundrechte, also eine spezifische europarechtliche Grundrechtsinterpretation gebietet.⁷⁴⁶

Umgekehrt gebieten die dargestellten Kompetenzausübungsregelungen und -schränken ebenso wie die kultur- und medienpolitische Querschnitts-

741 Skeptisch insoweit schon frühzeitig z.B. *Ossenbühl*, Rundfunk zwischen nationalem Verfassungsrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht, S. 58 ff.

742 BVerfGE 92, 203.

743 BVerfGE 123, 267 (345 ff.); kritisch zur Entscheidung im Hinblick auf die aufgezeigten Integrationsgrenzen z.B. *Ukrow* in: ZEuS 2009, 717, 720 ff.

744 Zur Entscheidung für eine offene Staatlichkeit vgl. *Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit; sowie z.B. *Kment*, Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln, S. 165 ff.

745 Vgl. im Ansatz bereits *Kirchhof*, in: JZ 1989, 453, 454.

746 Vgl. hierzu BVerfGE 73, 339 (386). Vgl. dazu bereits *Ress* in: VVDStRL 1990, 56, 81; *Streinz*, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 260 ff.

klausel des Art. 167 Abs. 4 AEUV und die Verpflichtung der EU auf die Achtung der Pluralität der Medien eine Anwendung und Auslegung europäischen Rechts, die auf eine Wahrung der Vielfaltssicherungsinstrumente der Mitgliedstaaten der EU hin ausgerichtet ist.

Dies erkennt zwar auch die Europäische Kommission in ihrer Mitteilung vom 27. April 2020 an die Bundesrepublik Deutschland im Rahmen des Notifizierungsverfahrens zum Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland⁷⁴⁷ dem Grunde nach an.

In der Notifizierungsmitteilung begründeten die deutschen Behörden den Maßnahmenentwurf und die Anforderungen, die Online-Diensteanbietern von Medieninhalten (sog. „Gatekeeper“) auferlegt wurden, mit der Notwendigkeit, den Medienpluralismus im Internet zu sichern.⁷⁴⁸ Sie verweisen auf die grundlegenden Veränderungen in der Medienlandschaft, insbesondere auf die zunehmende Bedeutung bestimmter Online-Dienste (sog. „Gatekeeper“) für die Auffindbarkeit medialer Angebote und den Zugang hierzu. Das Ziel des Vertragsentwurfs bestehe darin, den Pluralismus zu erhalten und die Vielfalt zu fördern. Hierauf reagierte die Europäische Kommission mit „(a)llgemeine(n) Bemerkungen“ wie folgt:

„Der Medienpluralismus ist ein Grundwert der Europäischen Union, wie er in Artikel 11 (2) der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankert ist. In dieser Hinsicht anerkennt die Kommission das Ziel von Initiativen zur Förderung des Medienpluralismus und teilt es. Auf Unionsebene fördert die Kommission diesen Pluralismus unter anderem durch die Finanzierung des Monitors für Medienpluralismus, der derzeit die Auswirkungen der Digitalisierung auf den Medienpluralismus in der gesamten EU untersucht.

Die Kommission setzt sich auch dafür ein, die Medienvielfalt und den Medienpluralismus im Online-Umfeld zu wahren und zu fördern. In diesem Zusammenhang hat die Kommission angekündigt, auf EU-Ebene die Verantwortung von Online-Plattformen in Bezug auf Inhalte im angekündigten EU Rechtsakt zu Digitalen Diensten („Digital Services Act“) zu regulieren.

747 Notifiziert wurden dabei gemäß der Richtlinie (EU) 2015/1535 Artikel 1 §§ 1, 2, 18, 19, 22, 74, 78 bis 96, 117 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 2, 16, 21 bis 44 (als Regelungen des Medienstaatsvertrages) und Artikel 2 des Entwurfes eines Staatsvertrages zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland (als Aufhebung des Rundfunkstaatsvertrages).

748 Darüber hinaus beschreiben die deutschen Behörden den notifizierten Entwurf als teilweise Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1808 vom 14. November 2018 zur Änderung der AVMD-Richtlinie.

Es soll ebenfalls geprüft werden, ob die Rolle von Online Plattformen als Online-„Gatekeeper“ zu neuen ex ante Regeln auf EU-Ebene führen soll. Nach Prüfung des notifizierten Entwurfs und unter Berücksichtigung der Antworten der deutschen Behörden auf das Ersuchen der Dienststellen der Kommission um ergänzende Informationen hat die Kommission indessen gewisse Bedenken hinsichtlich der Frage, ob einige der in dem notifizierten Entwurf enthaltenen Maßnahmen den im Binnenmarkt geschützten freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft in unverhältnismäßiger Weise beschränken könnten.“

Wie im Folgenden aufgezeigt wird, erfolgt die Anerkennung mitgliedstaatlicher Initiativen zur Förderung des Medienpluralismus indessen in einer die zumindest vorrangige, wenn nicht ausschließliche Rechtsetzungskompetenz der Mitgliedstaaten zur Reaktion auf neue Gefährdungslagen für die Medienvielfalt nicht hinreichend berücksichtigenden Weise.

b. Die Zugriffsmöglichkeit auf ausländische Anbieter nach dem MStV und JMStV unter dem Blickwinkel des primären Unionsrechts

Aus dem Bekenntnis des GG zur europäischen Integration könnte mit Blick auf die Zuordnung von Verhalten der für die Wahrung des audiovisuellen Schutzes der Menschenwürde und des Jugendmedienschutzes zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten ein Ansatz abgeleitet werden, dass deutsche Vollzugsbehörden gegenüber EU-ausländischen Anbietern i.S. einer umfassenden Verpflichtung zum Respekt des Verhaltens von Drittstaaten der EU per se gehindert sind, Vollzugsmaßnahmen zu ergreifen. Die europäische Integration hätte bei einer solchen Betrachtung eine Begrenzung der Handlungsoptionen von mitgliedstaatlichen Verwaltungsbehörden bei Sachverhalten, die Grenzen von EU-Mitgliedstaaten überschreiten, sich aber insgesamt noch im Raum der EU bewegen, zur Folge.

Eine solche Betrachtung würde zwar dem Ansatz der Herkunftslandkontrolle umfassend Rechnung tragen, der zu den grundlegenden, die Binnenmarkt-Konzeption des AEUV prägenden Grundsätzen zählt. Zugleich würde damit im Rechtsraum der EU die Gefahr konfligierender Verwaltungsentscheidungen nachhaltig eingedämmt – allerdings ggf. um den Preis einer unzureichenden Wahrung von Schutzgütern.

Eine solche einschränkende Betrachtung würde allerdings zugleich verkennen, dass das System der Herkunftslandkontrolle nur als Grundsatz gilt. So hat der EuGH u.a. für den Bereich der Glücksspielregulierung ausdrücklich entschieden, dass ein Mitgliedstaat die Geltung glücksspielrecht-

licher Erlaubnisse anderer Mitgliedstaaten nicht anerkennen muss, sondern das Anbieten von Glücksspielprodukten auf seinem Staatsgebiet vom Besitz einer von seinen eigenen Behörden erteilten Erlaubnis abhängig machen darf.⁷⁴⁹ Was mit Blick auf eine Ausgangssituation aktiven staatlichen Tuns eines Drittstaates der EU – hier eine Lizenzerteilung – gilt, muss indessen erst recht für den Fall gelten, dass sich ein Drittstaat mit einem Verhalten einer ihm zurechenbaren Person noch überhaupt nicht befasst hat. Eine informelle Duldung eines bestimmten privaten Verhaltens durch einen EU-Drittstaat kann mithin erst recht keine generelle und umfassende Sperrwirkung in Bezug auf eigenes hoheitliches Handeln entfalten.⁷⁵⁰ Ein Mitgliedstaat, auf dessen Territorium eine Dienstleistung, die namentlich gegen jugendschutzgerichtete, menschenwürdegewährleistende oder vielfaltssichernde Bestimmungen dieses Staates verstößt, genutzt wird, ist deshalb zu einer Kontrolle und Maßnahme gegen die Dienstleistung befugt – aber im Hinblick auf das Herkunftslandprinzip als Ausnahme hiervon nur dann, wenn ein Rechtfertigungsgrund zur Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit vorliegt und dieser verhältnismäßig angewandt wurde.⁷⁵¹

Dieser Ansatz ist im Bereich des Jugendmedienschutzes, Schutzes der Menschenwürde und Sicherung des Pluralismus z.B. auch durch Auffindbarkeitsregulierung mit Blick auf Vollzugsmaßnahmen gegenüber Anbietern außerhalb des Integrationsraumes der EU ohne Weiteres bereits deshalb übertragbar, weil die Dienstleistungsfreiheit des AEUV – anders als die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit⁷⁵² – keine *erga-omnes*-Wirkung aufweist, mithin Anbieter von außerhalb der EU sich nicht auf eine etwaige Verletzung der Dienstleistungsfreiheit durch jugendschutzrechtliche, menschenwürdegewährleistende oder vielfaltssichernde Aufsichtsmaßnahmen berufen können.

749 Vgl. z.B. EuGH, verb. Rs.C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07, *Stoß u.a. / Land Baden-Württemberg*, Rn. 108 ff.

750 Zudem besteht jedenfalls die Möglichkeit der Beschwerde bei der Kommission, die ggf. ein Vertragsverletzungsverfahren gegen den anderen Mitgliedstaat einleiten kann; u.U. kann die Initiative für ein solches Verfahren sogar vom Mitgliedstaat, der von dieser Untätigkeit betroffen ist, selbst ausgehen.

751 Vgl. hierzu auch unten Abschnitt C.IV.1.

752 Zur *erga-omnes*-Wirkung der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit als Abweichung von der Dogmatik der übrigen Grundfreiheiten vgl. z.B. *Ukrow/Ress* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 63 AEUV (erscheint demnächst).

c. Die Zugriffsmöglichkeit auf ausländische Anbieter nach dem MStV und JMStV unter dem Blickwinkel der AVMD-Richtlinie

Dass auch EU-ausländische Anbieter Gegenstand von Rechtssetzungsakten der Mitgliedstaaten zur Umsetzung der AVMD-Richtlinie sein können, ergibt sich bereits unmittelbar aus der fortdauernden Offenheit dieser Richtlinie für Durchbrechungen des Prinzips der Herkunftslandkontrolle.

Auch die Europäische Kommission bestätigt dies dem Grunde nach in ihrer Mitteilung vom 27. April 2020 an die Bundesrepublik Deutschland im Rahmen des Notifizierungsverfahrens zum Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland. Ihre geäußerten Bedenken haben nicht das „ob“ dieser legislativen regulatorischen Zugriffsmöglichkeit, sondern das „wie“ der Ausformung namentlich in Bezug auf (a) das sog. Abweichungsverfahren nach Art. 3 Abs. 2 der novellierten AVMD-Richtlinie und (b) das sog. Anti-Umgehungsverfahren nach Art. 4 dieser Richtlinie zum Gegenstand. Die Kommission äußert dabei „insbesondere Zweifel an der Vereinbarkeit der §§ 104⁷⁵³ und 52 des Medienstaatsvertragsentwurfs mit der geänderten AVMD-Richtlinie und damit den geltenden Binnenmarktregeln“⁷⁵⁴.

Soweit die Kommission dabei moniert, dass der Grundsatz des freien Empfangs und der freien Weiterverbreitung nur teilweise umgesetzt werde, berührt dies zwar nicht die Frage der Zugriffsmöglichkeit auf ausländische Anbieter. Es kann allerdings dennoch bei Gelegenheit darauf hingewiesen werden, dass die Empfangsfreiheit – abweichend von der Sichtweise der Kommission – bereits deshalb keiner staatsvertraglichen oder sonstigen einfachgesetzlichen Regelung neben der Regelung der Zulässigkeit der Weiterverbreitung bedurfte, weil diese Freiheit unmittelbar in Art. 5 Abs. 1 GG als Jedermann-Grundrecht verankert ist. Sie findet sich zudem – diese verfassungsrechtliche Ausgangslage bestätigend, ohne insoweit originär konstitutive Wirkung in Bezug auf die Freiheit zu entfalten – in einer Reihe landesmedienrechtlicher Gesetzestexte. Es stellt einen weiteren Ausdruck fehlender Sensibilität für das medienrechtliche Mit- und Nebeneinander von Staatsvertragsnormen und Normen autonomen Landesmediensrechts dar, wenn die Kommission zudem moniert, dass „die nationalen Umsetzungsgesetze die Weiterverbreitung oder den Empfang nicht nur bundesweit, sondern auch in einem Teil des deutschen Hoheitsgebiets ermöglichen (müssen)“. Denn solche Weiterverbreitungsregelungen in Be-

753 Nunmehr: § 103 MStV.

754 Notifizierung 2020/26/D, aaO (Fn. 18).

zug auf nicht bundesweit empfangbare Angebote finden sich im Medienrecht der einzelnen Länder, das in gleicher Weise wie MStV und JMStV zur Umsetzung der Vorgaben der AVMD-Richtlinie geeignet ist.

Dass die Länder durch die ausdrückliche Bezugnahme auf Art. 3 der AVMD-Richtlinie in § 104 Abs. 1 Satz 2 MStV und die Bezugnahme auf Art. 4 Abs. 3 der AVMD-Richtlinie in § 104 Abs. 4 MStV „nicht die notwendige Klarheit und Zugänglichkeit der auf nationaler Ebene geltenden Vorschriften gewährleisten, um die Rechtssicherheit bei der Anwendung der Richtlinie zu gewährleisten“, ist ein Vorwurf der Kommission im Notifizierungsverfahren, der durch die bisherige Judikatur zu den Umsetzungserfordernissen in Bezug auf Richtlinien der EU nicht zweifelsfrei bestätigt wird.⁷⁵⁵

Auch soweit die Europäische Kommission in ihrer Mitteilung vom 27. April 2020 die Vereinbarkeit des in § 52 Abs. 2 MStV geregelten Verfahrens der Versagung einer Zulassung im Zusammenhang mit Umgehungstatbeständen mit Art. 4 der novellierten AVMD-Richtlinie in Zweifel zieht, berühren diese Zweifel nicht die Zugriffsmöglichkeit eines Mitgliedstaats auf ausländische Anbieter. Nach dem Regelungsmodell des § 52 Abs. 2 MStV würde das Niederlassungsland einem Anbieter, der sich in einem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates niedergelassen hat, um die Bestimmungen des Ziellandes zu umgehen, die Zulassung versagen, ohne das Verfahren nach Art. 4 der novellierten AVMD-Richtlinie zu aktivieren. Ob dieser Mechanismus im Lichte der Anforderungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs auch dann mit EU-Recht vereinbar wäre, wenn es sich nicht um den Anbieter eines Drittstaates außerhalb des Fernsehübereinkommens des Europarates handelt, wird von der Kommission zutreffend bezweifelt. Daher ist zwar im Ansatz nachvollziehbar, dass die Kommission Deutschland ersuchte, „klarzustellen, dass § 52 nicht für Anbieter gilt, die in Deutschland niedergelassen sind, wenn ihre Programme ganz oder teilweise auf die Bevölkerung eines anderen Mitgliedstaats ausgerichtet sind“. Allerdings ist diese Aufforderung zumindest insoweit überschießend, als das in § 51 Abs. 1 MStV geregelte Zulassungserfordernis unionsrechtskonform auch für Anbieter gelten darf, die in Deutschland niedergelassen sind, wenn ihre Programme ganz oder teilweise auf die Bevölkerung eines anderen Mitgliedstaats ausgerichtet sind.

755 Dass eine wörtliche Übernahme der Vorgaben der AVMD-Richtlinie, wie sie z.B. in § 1 Abs. 3 Satz 2 MStV zu finden ist, das Umsetzungserfordernis zweifelsfrei erfüllt, ist unstrittig.

Von der Ebene legislativer Regulierung ist die Regulierung qua Vollzug zu trennen. Dass die Landesmedienanstalten durch Unionsrecht nicht generell gehindert sind, auch auf ausländische Anbieter wegen einer Verletzung von Vorgaben des MStV und JMStV Zugriff zu nehmen, ergibt sich aus dem in der AVMD-Richtlinie geregelten System von Ausnahmen von den Grundsätzen der Sendestaatskontrolle und der freien Weiterverbreitung. Diese Grundsätze gelten danach, wie bereits dargestellt, nicht uneingeschränkt. Vielmehr kann ein anderer Mitgliedstaat in bestimmten, wenn auch sehr eng begrenzten Ausnahmefällen (zum Beispiel aus Gründen des Jugend- und Menschenwürdeschutzes) unter Wahrung des in der AVMD-Richtlinie geregelten Verfahrens die (Weiter-) Verbreitung von audiovisuellen Mediendiensten auf seinem Hoheitsgebiet aussetzen.

Damit können ausländische Anbieter nach dem System der AVMD-Richtlinie zum Gegenstand von Vollzugsmaßnahmen gemacht werden, was die oben gefundene Interpretation einer Zugriffsmöglichkeit auf ausländische Anbieter im Interesse der Wahrung der Schutzzwecke des MStV und des JMStV im Kern unterstützt.

d. Die Zugriffsmöglichkeit auf ausländische Anbieter nach dem MStV und JMStV unter dem Blickwinkel der ECRL

In ihrer Mitteilung vom 27. April 2020 führt die Kommission zur Anwendbarkeit der ECRL zunächst aus, dass sie auf der Grundlage der der Kommission in dieser Notifizierung zur Verfügung gestellten Informationen der Auffassung sei,

„dass die Richtlinie 2000/31/EG („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), die den horizontalen Rahmen für Dienste der Informationsgesellschaft bildet, auf die einschlägigen Bestimmungen des notifizierten Entwurfs anwendbar ist“.

Die deutschen Behörden machten in dem Notifizierungsverfahren demgegenüber geltend, dass der notifizierte Entwurf unter Artikel 1 Absatz 6 der ECRL falle, wonach

„Maßnahmen auf gemeinschaftlicher oder einzelstaatlicher Ebene, die unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts der Förderung der kulturellen und sprachlichen Vielfalt und dem Schutz des Pluralismus dienen, von dieser Richtlinie unberührt bleiben“.

Hierzu führte die Kommission aus:

„Um sich auf eine solche Bestimmung zu berufen, müssen die Maßnahmen tatsächlich und objektiv dem Schutz des Medienpluralismus dienen und in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen der Maßnahme stehen. In ähnlichen, relevanten Rechtssachen hat der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) an die Bedingungen erinnert, die die Mitgliedstaaten erfüllen müssen, wenn sie Maßnahmen zur Sicherung des Pluralismus ergreifen, welche eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellen könnte(n). Darüber hinaus müssen Mitgliedstaaten gemäß Artikel 1 Absatz 6, auch wenn die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr die Maßnahmen der Mitgliedstaaten zur Förderung des Pluralismus nicht berührt, beim Erlass solcher Maßnahmen das weitere EU-Recht beachten, zu dem auch die Bestimmungen der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr gehören.

Daher werden mit Artikel 1 Absatz 6 die Bestimmungen der Richtlinie (im Gegensatz zu Artikel 1 Absatz 5) nicht ausgeschlossen, sondern wird vielmehr die Bedeutung hervorgehoben, die die EU dem Schutz des Pluralismus als einem Faktor beimisst, den die Mitgliedstaaten bei der Regulierung der Erbringung von Diensten der Informationsgesellschaft berücksichtigen mögen (vgl. Erwägungsgrund 63 der Richtlinie).“

Diese Argumentationslinie der Kommission vermag nicht zu überzeugen:

Dass mitgliedstaatliche, auf Art. 1 Abs. 6 der ECRL gestützte Maßnahmen tatsächlich und objektiv dem Schutz des Medienpluralismus dienen müssen, ist zwar zutreffend. Dass die von der Kommission kritisierten Regelungen des MStV nicht tatsächlich und objektiv dem Schutz des Medienpluralismus dienen, ist indessen von der Kommission in ihrer Mitteilung nicht dargelegt – und mit Blick auf die Gefährdungslagen für die Meinungsvielfalt, die länderseitig den Impuls für die entsprechende Regulierung gaben, auch nicht darlegbar.

In gleicher Weise seitens der Kommission nicht dargelegt ist, dass die im MStV ergriffenen Maßnahmen in keinem angemessenen Verhältnis zu den Zielen der Maßnahme stehen. Auch diese Unverhältnismäßigkeit ist im Übrigen nicht darlegbar. Namentlich sind die ergriffenen Maßnahmen zum Schutz des Medienpluralismus geeignet und zur rechtzeitigen Abwehr von Fehlentwicklungen, auf die das BVerfG in seiner Vielfaltsprophylaxe-Judikatur in ständiger Rechtsprechung verweist, erforderlich.

Die Kommission verkennt in ihrer Mitteilung grundlegend die Einschätzungs- und Beurteilungsprärogative, die der EuGH den Mitgliedstaaten bei Maßnahmen mit grundfreiheitenbeschränkender Wirkung, die durch zwingende Erwägungen des Gemeinwohls wie die Sicherung von

Medienpluralismus gerechtfertigt sind, einräumt.⁷⁵⁶ Ihr Prüfprogramm überschreitet die Grenzen der in der Judikatur anerkannten Kontrollkompetenzen seitens der EU-Organe:

- Zwar ist es zutreffend, dass der EuGH eine Beschränkung einer Grundfreiheit nur dann als durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt erachtet, wenn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet wird: Die mitgliedstaatlichen Maßnahmen müssen mithin dazu geeignet sein, die Verwirklichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten,⁷⁵⁷ und dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.
- Eine nationale Regelung ist dabei i. S. eines unionsrechtlichen Kohärenzkriteriums nur dann geeignet, die Verwirklichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Auch hinreichende Anhaltspunkte, dass die Regulierung des MStV diesem Kohärenzkriterium nicht genügt, sind nicht erkennbar.
- Ebenso wenig erkennbar ist, dass die mit der Regulierung durch den MStV verbundene Beschränkung von Grundfreiheiten in diskriminierender Weise angewandt wird.
- Ein Mitgliedstaat muss zwar neben den (geschriebenen oder ungeschriebenen) Rechtfertigungsgründen für eine Beschränkung einer Grundfreiheit, die er geltend machen kann, geeignete Beweise oder eine Untersuchung zur Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit der von ihm erlassenen beschränkenden Maßnahme vorlegen sowie genaue Angaben zur Stützung seines Vorbringens machen. Mit dieser objektiven Nachprüfbarkeit wie der Rechtssicherheit der Grenzen der ungeschriebenen Ausnahmeklauseln kommt es auch in Bezug auf die zwingenden Erwägungen des Gemeinwohls zu einer verfahrensrechtlichen Effektivierung des Schutzes der Grundfreiheit.⁷⁵⁸ Auch dieser Vorgabe können die Länder im Streitfall indessen problemlos mit Blick auf die Vielzahl von medien- und verfassungsrechtlichen Gutachten, die ihre Nachjus-

756 Vgl. hierzu und zum folgenden bereits oben, Abschnitt C.IV.1; eingehend auch *Cole*, Zum Gestaltungsspielraum der EU-Mitgliedstaaten bei Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit, S. 27 ff.

757 Hinsichtlich der Eignung beschränkt sich der EuGH auf eine Evidenzkontrolle, ob eine Maßnahme ex-ante offensichtlich ungeeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen; vgl. *Cole*, Zum Gestaltungsspielraum der EU-Mitgliedstaaten bei Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit, S. 30 f.

758 Vgl. hierzu Ukrow/Ress in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 63 AEUV, Rn. 228 (erscheint demnächst).

tierungen im deutschen Medienrecht durch den MStV ausgelöst und fundiert haben, genügen.

- Zwar nimmt der EuGH insoweit im Streitfall eine eigene Kontrolle seitens eines Mitgliedstaates erfolgter Beschränkungen einer Grundfreiheit am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vor – allerdings nur im Sinne einer Plausibilitätskontrolle hinsichtlich Eignung und Erforderlichkeit der Beschränkungen zur Zielverwirklichung.⁷⁵⁹ Diesem Plausibilitätstest können die im Notifizierungsverfahren untersuchten Regelungen des MStV erkennbar unterworfen werden, ohne dass die fehlende Plausibilität darstellbar wäre.

Das Prüfprogramm der Kommission im Notifizierungsverfahren überschreitet dieses bereits ambitionierte Programm nach der Judikatur des EuGH, indem es eigene Einschätzungen zu Eignung und Erforderlichkeit an die Stelle der Beurteilung eines Mitgliedstaates treten lässt. Dies ist von der Kontrollkompetenz der Kommission in Bezug auf ungeschriebene Rechtfertigungsgründe nicht mehr gedeckt.

Zudem höhlt die Kommission die Bedeutung von Art. 1 Abs. 6 der ECRL aus, wenn sie zwar den Unberührtheitsgehalt dieser Regelung anerkennt, zugleich indessen die fortdauernde Bindung an ebendiese Richtlinie betont. Dass bestimmte Sachgegenstände in Art. 1 Abs. 5 der Regelung vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen werden und Schutz des Pluralismus hiervon nicht erfasst ist, ist bei systematischer, teleologischer und historischer Interpretation nicht i.S. einer bewussten Einbeziehung von Maßnahmen des Schutzes des Pluralismus in den Anwendungsbereich der Richtlinie zu verstehen, sondern Ausdruck des Grundsatzes, dass es der EU zumindest im Zweifel an einer Kompetenz für Regelungen, deren Hauptzweck der Schutz des Pluralismus ist, fehlt. Dass der Schutz des Pluralismus in dem von der Kommission erwähnten Erwägungsgrund 63 der ECRL keine ausdrückliche Erwähnung findet, spricht für diese auf die Anerkennung und Wahrung mitgliedstaatlicher Regelungskompetenz für Pluralismussicherung gerichtete Interpretation.

Vieles spricht in diesem Zusammenhang dann auch dafür, dass die vom MStV neu erfassten Dienste, sofern die Anwendung der ECRL auf diese nicht bereits über Art 1 Abs. 6 der Richtlinie verneint wird, nicht ohne Weiteres den Regelungen der Richtlinie als „Dienste der Informationsge-

759 Vgl. hierzu *Ukrow/Ress* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 63 AEUV, Rn. 229 (erscheint demnächst). Vgl. hierzu auch *Cole*, Zum Gestaltungsspielraum der EU-Mitgliedstaaten bei Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit, S. 30 ff.

sellschaft“ unterworfen sind: Denn sie können zwar nicht wie die in Anhang I der Richtlinie (EU) 2015/1535 vom 9. September 2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft⁷⁶⁰ erfassten Rundfunkdienste ohne Weiteres qua Nutzungssituation aus der Kategorie der „auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte(n) Dienstleistung“, die von der ECRL erfasst ist, herausdefiniert werden. Von ihrer Bedeutung für den Prozess der individuellen und öffentlichen Meinungs- und Willensbildung her sind sie indessen mit diesen Rundfunkdiensten zunehmend funktional vergleichbar. Ihnen kommt im Übrigen erkennbar eine höhere Bedeutung für diesen der Regulierungskompetenz der Mitgliedstaaten unterliegenden Prozess zu als klassischen Telemedien, auf die die Kommission abstellt. Dies ergibt sich bereits aus den im MStV insoweit jeweils zur Definition der Dienste angeführten Qualifikationsmerkmale jenseits der bloßen Telemedien-Eigenschaft. Indessen spricht der generelle Ansatz einer engen Auslegung von Ausnahmebestimmungen zu primär- oder sekundärrechtlich begründeten Verpflichtungen dafür, dass ohne eine ausdrückliche Anpassung der Richtlinie (EU) 2015/1535 die Kommission im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit davon ausgehen wird, dass die vom MStV neu erfassten Dienste von dieser Richtlinie erfasst sind.

Von der Ebene legislativer Regulierung ist auch im Zusammenhang der ECRL die Regulierung qua Vollzug zu trennen. Auch bei einem etwaigen Zugriff auf ausländische Anbieter sind die Beschränkungen der Verantwortlichkeit zu beachten, die durch die ECRL der EU ausgelöst und in der Bundesrepublik Deutschland durch das Telemediengesetz (TMG)⁷⁶¹ in nationales Recht umgesetzt sind. Namentlich haften auch ausländische Access- und Host-Provider⁷⁶² grundsätzlich nicht für von Nutzern übermittelte bzw. gespeicherte Daten, sondern können erst ab einem gewissen Grad an Beteiligung haftbar gemacht werden. Für Access-Provider ist dies etwa eine tatsächliche Veranlassung der Übermittlung oder ein verändernder Eingriff in die zu übermittelnde Information. Ein Host-Provider haftet erst dann für durch Nutzer gespeicherte Daten, wenn er Kenntnis von einer

760 ABl. EU 2015 Nr. L 241/1.

761 Telemediengesetz vom 26. Februar 2007 (BGBl. I S. 179), das zuletzt durch Artikel 11 des Gesetzes vom 11. Juli 2019 (BGBl. I S. 1066) geändert worden ist.

762 Dabei handelt es sich um jene Dienstleister, die den Nutzern entweder den Zugang zum Internet verschaffen (sogenannte Access-Provider) oder ihnen durch das Bereitstellen von Speicherplatz eine inhaltliche Nutzung des Internets ermöglichen (sogenannte Host-Provider); vgl. *die medienanstalten/Institut für Europäisches Medienrecht*, Europäische Medien- und Netzpolitik, S. 61.

rechtswidrigen Tätigkeit hat und nicht unverzüglich tätig wird, um die Daten zu entfernen oder den Zugang zu ihnen zu sperren.

Die Haftungsregeln erlauben es den EU-Mitgliedstaaten allerdings ausdrücklich, ihren Gerichten und Verwaltungsbehörden zu ermöglichen, vom Diensteanbieter zu verlangen, die Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern. Von daher entfaltet auch die ECRL keine generelle Sperrwirkung gegenüber etwaigen Vollzugsmaßnahmen der Landesmedienanstalten gegen ausländische Anbieter auf der Grundlage des MStV oder JMStV.

III. Grundrechtsbindung bei Vollzugsmaßnahmen gegen ausländische Anbieter

1. Bindung an den europäischen Grundrechtsschutz

a. Einleitung

Die Grundrechtsbindung von Hoheitsträgern auf der Grundlage europäischen und internationalen Rechts ist bei Sachverhalten, in denen diese im deutschen Staatsgebiet handeln und die Hoheitsgewalt innerstaatlich wirkt, unzweifelhaft. Welche Geltung die europäischen und internationalen Grund- und Menschenrechte für das Handeln von deutschen Hoheitsträgern demgegenüber extraterritorial haben, bedarf einer vertieften Erörterung.

Nicht nur das BVerfG hat in seiner Judikatur Grundsätze einer extraterritorialen Geltung der Grundrechte des GG entwickelt. Auch der EGMR hat in verschiedenen Entscheidungen die Extraterritorialgeltung der EMRK beleuchtet. Fragen der extraterritorialen Geltung können sich schließlich auch mit Blick auf die in der GRC der Europäischen Union und in dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBR)⁷⁶³ verbrieften Grund und Menschenrechte stellen.

Dieser extraterritorialen Geltung kommt im vorliegenden Zusammenhang mit Blick auf Vollzugsmaßnahmen, die gegen ausländische Anbieter gerichtet sind, namentlich wegen des Schutzes der Rundfunk und Medienfreiheit in Art 10 EMRK, Art 11 Grundrechtecharta und (bei einem Verständnis der Norm, welches stärker als durch den Wortlaut, die Schranken

763 Vgl. für Deutschland Gesetz zu dem Internationalen Pakt vom 19. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, BGBl. Nr. 60 vom 20.11.1973, S. 1533.

und das Kontrollsystem nahegelegt, deren praktische Relevanz unterstellt) Art. 19 Abs. 2 IPBR Bedeutung zu.

Von dieser extraterritorialen Geltung von europa- und völkerrechtlichen Grundrechtsnormen ist die Frage zu unterscheiden, in welchem Umfang die Medienregulierung eines Mitgliedstaates an die Grundrechte-Charta der EU gebunden ist.

b. Die extraterritoriale Geltung der EMRK und des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte in ihrer Bedeutung für die Medienregulierung

Laut Art. 1 EMRK sichern die Vertragsstaaten allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in der Konvention niedergelegten Rechte und Freiheiten zu.⁷⁶⁴ Hinsichtlich der Frage einer extraterritorialen Wirkung der EMRK knüpft die Judikatur des EGMR⁷⁶⁵ an die Vorgaben des allgemeinen Völkerrechts zur *jurisdiction of states*⁷⁶⁶ an: Der Gerichtshof betont, dass Art. 1 EMRK die Geltung der Konvention territorial begrenze. Ein extraterritoriales Handeln begründet nach dem EGMR in einer die Anwendbarkeit der EMRK eröffnenden Weise die Jurisdiktion eines Staates, wenn dieser (1.) aufgrund effektiver Gebietskontrolle als Folge einer kriegerischen Besetzung oder aufgrund der Einladung oder der ausdrücklichen oder stillschweigenden Zustimmung der Regierung des Territoriums alle oder einige der hoheitlichen Befugnisse ausübe, die normalerweise von dieser Regierung wahrgenommen würden oder (2.) auf der Grundlage anderer völkervertrags- oder völkergewohnheitsrechtlich anerkannter Anknüpfungspunkte extraterritorial Hoheitsgewalt ausübe – wie z.B. im Fall des Tätigwerdens des diplomatischen oder konsularischen Korps eines Staates. Eine weiterreichende Haftung sei von der EMRK nicht angestrebt. Es sei nicht Zweck des Art. 1 EMRK, jeden, der durch eine extraterritoriale Handlung der Vertragsstaaten in den durch die Konvention verbürgten

764 In der authentischen englischen und französischen Fassung der EMRK werden für Hoheitsgewalt die Begriffe „jurisdiction“ bzw. „jurisdiction“ benutzt. Diese Begriffe sind einem höchst unterschiedlichen deutschen semantischen Begriffsverständnis zugänglich.

765 Vgl. EGMR, Nr. 11755/85, *Stocké / Deutschland*, Rn. 166; Nr. 12747/87, *Drozdz and Janousek / Frankreich und Spanien*, Rn. 91; Nr. 40/1993/435/514, *Loizidou / Türkei*, Rn. 62.; Nr. 25781/94, *Zypern / Türkei* Rn. 77; Nr. 20652/92, *Dijavit An / Zypern*, Rn. 18–23.

766 Vgl. hierzu oben, Abschnitt B.VI.

Rechten berührt werde, dem Schutz der Konvention zu unterstellen. Durch eine solche Interpretation würde die Frage, ob eine Person der Jurisdiktion der Staaten unterliege, der Frage gleichgestellt werden, ob eine Person in den durch die Konvention verbürgten Rechten verletzt worden sei.⁷⁶⁷

Dem EGMR zufolge muss das extraterritoriale Handeln demnach eine Situation begründen, in der die Staatsorgane Personen oder Sachen derart kontrollieren, dass die extraterritoriale Hoheitsausübung der innerstaatlichen vergleichbar ist. Dies kann durch effektive Gebietskontrolle oder die Zustimmung der Regierung des betreffenden Gebietes erreicht werden. Der Gerichtshof stellt demnach auf die Formen regelmäßiger Ausübung der staatlichen Hoheitsgewalt ab. Da der Vertragsstaat tatsächlich in der Lage sein muss, die Beachtung der Konventionsrechte zu gewährleisten, ist die Vollzugsgewalt, die *jurisdiction to enforce*, entscheidend. Normalerweise ist ein Staat nämlich nicht in der Lage, auch nur seinen eigenen, im Ausland weilenden Bürgern die Rechte und Freiheiten der Konvention zu gewährleisten, da ihm mangels Vollzugsgewalt nur die begrenzten Mittel des diplomatischen Schutzes zur Verfügung stehen.⁷⁶⁸

Der Schutz des IPBR erstreckt sich gemäß dessen Art. 2 Abs. 1 auf alle Personen, die sich im Gebiet eines Vertragsstaates und seiner Hoheitsgewalt befinden. Das vertraglich zuständige Kontrollorgan, der Ausschuss für Menschenrechte, geht in diesem Zusammenhang von einem extraterritorialen Schutz des Paktes aus.⁷⁶⁹ Der Ausschuss hat bereits 1981 mit Blick auf den insoweit textidentischen Art. 2 Abs. 1 des UN-Sozialpaktes⁷⁷⁰ festgestellt, dass es für die erforderliche Begründung von Herrschaftsgewalt nicht auf den Ort der staatlichen Handlung ankomme, sondern darauf, ob sich in der Beziehung zwischen Staat und Individuum eine Menschenrechtsverletzung ergebe.⁷⁷¹ Der Ausschuss bestätigte diesen Ansatz 2004 in seinem General Comment No. 31 und stellte unabhängig vom Ort des Ge-

767 Vgl. EGMR, Nr. 52207/99, *Bankovic u.a. / Belgien u.a.*, Rn. 66, 71, 73, abgedr. in: EuGRZ 2002, 133–142 sowie ILM 2002, 517–531.

768 Vgl. *Fischer-Lescano/Kreck*, Piraterie und Menschenrechte, S. 6f.; *Krieger* in: ZaöRV 2002, 669, 672.

769 Hierzu und zum Folgenden *Fischer-Lescano/Kreck*, Piraterie und Menschenrechte, S. 12.

770 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UN-Sozialpakt). Zum Wortlaut des UN-Sozialpakts vgl. <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>; eine deutsche Fassung ist zugänglich unter <http://www.sozialpakt.info/>.

771 Human Rights Committee, *Delia Saldias de Lopez v. Uruguay*, Communication No. 52/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 (29.07.1981), §§ 12.1.-12.3.; ebenso Hu-

schehens allein darauf ab, ob sich die Person in der Gewalt oder unter effektiver Kontrolle des Staates befindet.⁷⁷²

Nach der aufgezeigten kategorialen Einordnung des EGMR kann sich ein ausländischer Anbieter, der durch die Ausübung deutscher Hoheitsgewalt dergestalt betroffen ist, dass auf ihn unter vielfalts- oder jugendmedienschutzrechtlichem Blickwinkel wegen einer Verletzung materiell rechtlicher Vorgaben des MStV oder des JMStV Zugriff genommen wird, zwar auf Konventionsrechte stützen, soweit es um die betreffenden Verwaltungsakte von zuständigen Landesmedienanstalten geht. Sofern es demgegenüber um etwaige Vollstreckungsmaßnahmen des Sitzstaates dieses Anbieters auf der Grundlage entsprechender völkerrechtlicher Abreden zwischen Bundesrepublik Deutschland und Sitzstaat des Anbieters gehen sollte, scheidet eine Berufung auf die EMRK vor Gerichten des Sitzstaates zumindest dann aus, wenn der Sitzstaat nicht seinerseits EU Mitgliedstaat und/oder Vertragspartei der EMRK ist.

c. Die Reichweite der Bindung der Mitgliedstaaten an die Grundrechtecharta der EU bei Maßnahmen der Medienregulierung

Die Mitgliedstaaten sind gemäß Art. 51 Abs. 1 Satz 1 2. Halbsatz GRC „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“ an die Charta gebunden. Recht der EU ist dabei Primär- wie Sekundärrecht, wie namentlich auch die AVMD-Richtlinie und die ECRL der EU. Zum Unionsrecht gehören zudem Rechtsvorschriften, die aufgrund sekundärrechtlicher Ermächtigung erlassen wurden, d.h. das sog. Tertiärrecht – wie z.B. die in der AVMD-Richtlinie angesprochenen Leitlinien der Kommission zur Anwendung einzelner Bestimmungen dieser Richtlinie.

Die „Durchführung“ des Rechts der EU hat zum einen zweifelsfrei den administrativen Vollzug von Recht der EU, das – wie namentlich Teile des

man Rights Committee, Communication No. 106/1981: Uruguay, UN Doc. CCPR/C/18/D/ 106/1981 (31.03.1983), § 5.

772 Human Rights Committee, General Comment No. 31: Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/ Add.13 (26.05.2004), § 10: „States Parties are required by article 2, paragraph 1, to respect and to ensure the Covenant rights to all persons who may be within their territory and to all persons subject to their jurisdiction. This means that a State Party must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State Party, even if not situated within the territory of the State Party.“

Primärrechts und das Sekundärrecht in Gestalt von Verordnungen – unmittelbar anwendbar ist, sowie die Auslegung und Anwendung des Unions- und Umsetzungsrechts durch nationale Gerichte zum Gegenstand.⁷⁷³

Umstritten bleibt, ob die Mitgliedstaaten auch in den Fällen an die Charta-Grundrechte gebunden sind, in denen sie europarechtlich gewährte Spielräume ausnutzen — zum Beispiel bei der Richtlinienumsetzung. Es geht dabei um die europarechtlich nicht zwingend vorgegebenen Teile des nationalen Umsetzungsrechts, die auch als nicht europarechtlich determiniert bezeichnet werden.⁷⁷⁴ Gewichtiges spricht insoweit für eine Auslegung, dass die Bindung der Mitgliedstaaten zwar (auch) in diesem Bereich weitreichend, aber nicht grenzenlos ist: Eine Bindung besteht zumindest dann nicht, wenn die nationale Vorschrift keinen unional gewährten Spielraum nutzt und die Frage damit außerhalb des Unionsrechts liegt. Ein solcher unional gewährter Spielraum ist ein zur Umsetzung von Richtlinien gewährter Spielraum ebenso, wie der Spielraum zur Einschränkung der Grundfreiheiten. Dass die Union eine Zuständigkeit in einem Rechtsbereich besitzt, reicht mit Blick auf „Durchführung“ nicht aus, wenn sie die Zuständigkeit noch nicht wahrgenommen hat.⁷⁷⁵ An einer Einbindung an die Grundrechte-Charta der EU fehlt es mithin insbesondere auch in Bezug auf die Regelungen zu Benutzeroberflächen und Intermediären im MStV, selbst wenn diesbezüglich ggf. eine Kompetenz der EU zur rechtsharmonisierenden, auf den digitalen Binnenmarkt bezogenen Gestaltung besteht.

Allerdings weist die Judikatur des EuGH auf eine weitergehende Verdrängungswirkung des europäischen gegenüber dem nationalen Grundrechtsschutz, selbst wenn der Gerichtshof in seinem Urteil *Melloni* aus 2013 einen anderen Weg zu beschreiten scheint: Dort hatte der EuGH es nationalen Gerichten freigestellt, nationales Umsetzungsrecht auch an nationalen Grundrechten zu messen, „sofern weder das Schutzniveau der Charta, wie es vom Gerichtshof ausgelegt wird, noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden“.⁷⁷⁶ Ob mit dieser Entscheidung eine Beschränkung des Anwendungsbefehls verbunden ist, wie er dem zeitlich vorgelagerten Urteil des EuGH im Fall

773 Vgl. *Jarass* in: NVwZ 2012, 457, 459 f.; *Tamblé*, Der Anwendungsbereich der EU-Grundrechtecharta (GRC) gem. Art. 51 I 1 GRC, S. 15.

774 Vgl. *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, Art. 51 GRC, Rn. 10; *Tamblé*, Der Anwendungsbereich der EU-Grundrechtecharta (GRC) gem. Art. 51 I 1 GRC, S. 16.

775 Vgl. *Jarass* in: NVwZ 2012, 457, 460; *Tamblé*, Der Anwendungsbereich der EU-Grundrechtecharta (GRC) gem. Art. 51 I 1 GRC, S. 20.

776 EuGH, Rs. C-399/11, *Melloni / Ministerio Fiscal*, Rn. 60.

Åkerberg Fransson 2013 zu entnehmen ist, muss bezweifelt werden. Dort hatte der EuGH entschieden, dass sich die mitgliedstaatliche Bindung an die Charta auf alle „unionsrechtlich geregelte(n) Fallgestaltungen“ und damit auf alle Regelungen, die in den „Geltungsbereich des Unionsrechts“ fielen, erstrecke.⁷⁷⁷ Von einem echten grundrechtsschutzbezogenen Kooperationsverhältnis kann mit Blick auf die aufgezeigten Maßgaben nicht ohne Weiteres die Rede sein.⁷⁷⁸ Das BVerfG ist der Ausdehnung des Anwendungsbereichs allerdings in seinem Urteil *Antiterrordatei* deutlich entgegengetreten.⁷⁷⁹

2. Bindung an den grundgesetzlichen Grundrechtsschutz – Extraterritoriale Geltung des Grundrechtsschutzes

a. Einleitung

Sofern Landesmedienanstalten gegen ausländische Anbieter tätig werden, stellt sich die Frage, in welchem Umfang sich diese Anbieter ggf. gegen entsprechende Vollzugsmaßnahmen auf grundrechtliche Rechtspositionen, namentlich die Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG stützen können.

Der im Vorfeld von Globalisierung und Europäisierung herkömmliche Geltungsbereich der Grundrechte war das Inland in den Beziehungen der deutschen Staatsgewalt zu den Deutschen im Inland sowie zu den in Deutschland lebenden Ausländern, allerdings für letztere vom Anwendungsbereich her begrenzt auf die Jedermann-Grundrechte. Allerdings kann der Geltungsbereich der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, die in besonderer Weise auf Auslandsbeziehungen angewiesen ist, nicht mehr erschöpfend durch eine Inlandsbezogenheit definiert werden.⁷⁸⁰

Im „postnationalen Zeitalter“ der „Zerfaserung“ von Staatlichkeit⁷⁸¹ steht (auch deutsche) Staatsgewalt in einem komplexen politischen, öko-

777 EuGH, Rs. C-617/10, *Åklagare / Åkerberg Fransson*, Rn. 19; vgl. dazu *Gstrein/Zeitmann*, in: ZEuS 2013, 239, 239 ff.

778 Kritisch z.B. *Tamblé*, Der Anwendungsbereich der EU-Grundrechtecharta (GRC) gem. Art. 51 I 1 GRC, S. 22 ff.

779 BVerfG, 1 BvR 1215/07, NJW 2013, 1499, Rn. 88–91 – *Antiterrordatei*.

780 Vgl. zur Einebnung der Statusunterschiede von In- und Ausländern durch Völker- und Europarecht *Gundel* in: Isensee/Kirchhof, Band IX, § 198 Rn. 11 ff.

781 *Giegerich*, Internationale Standards – aus völkerrechtlicher Perspektive, 101, 176.

nomischen, kulturellen, zivilgesellschaftlichen wie individualbezogenen internationalen Beziehungsgeflecht, das auch rechtlich das nationale (Verfassungs-) Recht namentlich mit dem Völkerrecht, dem europäischen Recht (nicht zuletzt dem Recht der EU) sowie u.a. dem internationalen Verwaltungsrecht⁷⁸² und dem internationalen Strafrecht⁷⁸³ und von diesen Rechtsgebieten aus mit dem ausländischen Recht verbindet. Inländische Staatsgewalt kommt mithin in vielfacher Weise mit ausländischen Rechts-subjekten und deren Rechtskreis in Berührung. Diese vielfache europäische und internationale Verbindung und Vernetzung hat zur Folge, dass Staatsgewalt der Bundesrepublik Deutschland nicht nur im Inland, sondern auch im Ausland, also extraterritorial, Wirkungen entfalten kann.⁷⁸⁴

Vor diesem Hintergrund binden die Grundrechte deutsche Staatsgewalt namentlich in der Ausübung von Hoheitsgewalt grundsätzlich auch dann, „soweit Wirkungen ihrer Betätigung im Ausland eintreten“.⁷⁸⁵

Allerdings ergibt sich aus dem Umstand, dass Art. 1 Abs. 3 GG eine umfassende Bindung von Gesetzgebung, vollziehender Gewalt und Rechtsprechung an die Grundrechte vorsieht, noch keine abschließende Festlegung der räumlichen Geltungsreichweite der Grundrechte.

„Das Grundgesetz begnügt sich nicht damit, die innere Ordnung des deutschen Staates festzulegen, sondern bestimmt auch in Grundzügen sein Verhältnis zur Staatengemeinschaft. Insofern geht es von der Notwendigkeit einer Abgrenzung und Abstimmung mit anderen Staaten und Rechtsordnungen aus. Zum einen ist der Umfang der Verantwortlichkeit und Verantwortung deutscher Staatsorgane bei der Reichweite grundrechtlicher Bindungen zu berücksichtigen.⁷⁸⁶ Zum anderen muss das Verfassungsrecht mit dem Völkerrecht abgestimmt werden. Dieses schließt freilich eine Geltung von Grundrechten bei Sachverhalten mit Auslandsbezügen nicht prinzipiell aus.

782 Vgl. hierzu z.B. *Breining-Kaufmann* in: ZSR 2006, 5, 5 ff.; *Glaser*, Internationale Verwaltungsbeziehungen; *Kingsbury/Donaldson* in: MPEPIL, Rn. 4 ff.; *Kingsbury u.a.* in: Law & Contemporary Problems 2005/3–4, 1, 1 ff.; *Kment*, Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln; *Obler*, Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts; *Tietje*, Internationalisiertes Verwaltungshandeln; *ders.*, Die Internationalität des Verwaltungsstaates; *ders.*, Die Exekutive. Verwaltungshandeln im Kontext von Globalisierung und Internationalisierung, 53, 53 ff.

783 Vgl. hierzu z.B. *Ambos/Rackow/Miller*, Internationales Strafrecht; *Gless*, Internationales Strafrecht; *Safferling*, Internationales Strafrecht.

784 Vgl. *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band III/1, S. 1224 f.

785 BVerfGE 6, 290 (295); 57, 1 (23). Vgl. hierzu auch *Hofmann*, Grundrechte und grenzüberschreitende Sachverhalte, S. 31 ff.

786 Vgl. hierzu bereits BVerfGE 66, 39 (57 ff.); 92, 26 (47).

*Ihre Reichweite ist vielmehr unter Berücksichtigung von Art. 25 GG aus dem Grundgesetz selbst zu ermitteln“.*⁷⁸⁷

Im Übrigen kann „ein Grundrecht wesensgemäß eine bestimmte Beziehung zur Lebensordnung im Geltungsbereich der Verfassung voraussetzen, so dass eine uneingeschränkte Durchsetzung in ganz oder überwiegend auslandsbezogenen Sachverhalten den Sinn des Grundrechtsschutzes verfehlen würde“.⁷⁸⁸

Bei der Rundfunkfreiheit des Grundgesetzes ist spätestens im Zeitalter der (auch informationsbezogenen) Globalisierung nicht erkennbar, dass ein vollständiger Verzicht auf die Grundrechtsbindung bei Sachverhalten mit Auslandsbezug eine sachgerechte Abwägung zwischen Grundrechtssposition und Souveränitätsschutz darstellen würde.

Dass die Auswirkung von inländischen Hoheitsakten auf fremdes Staatsgebiet überwiegend völkerrechtliche Probleme aufwirft,⁷⁸⁹ schließt nicht aus, dass die Thematik im Hinblick auf die Grundrechtsbindung auch von verfassungsrechtlicher Relevanz ist. Als ein erster entsprechender verfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkt könnte dabei Art. 1 Abs. 2 GG gesehen werden. Dem dortigen Bekenntnis zu „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt“ ist indessen keine universelle Garantie der deutschen Grundrechte für alle natürlichen und juristischen Personen zu entnehmen, ohne dass ein Anknüpfungspunkt aus der Sicht des Grundgesetzes oder ein „genuine link“ aus der Sicht des Völkerrechts vorläge. Ein universeller Geltungsanspruch der deutschen Grundrechte würde die völkerrechtliche Zuständigkeit Deutschlands erkennbar überdehnen. Ein solcher imperialer Grundrechtsanspruch⁷⁹⁰ i.S. eines Grundrechtsoktroi stände mit der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes wie der grundsätzlichen Achtung fremder Rechtsordnungen⁷⁹¹ erkennbar in Widerspruch.⁷⁹² Die völkerrechtlichen Grenzen qua

787 BVerfGE 100, 313 (362 f.).

788 BVerfGE 31, 58 (77).

789 Vgl. hierzu bereits *Beitzke* in: Strupp/Schlochauer S. 504 ff.; *Geck* in: Strupp/Schlochauer S. 55; *Schlochauer*, Die extraterritoriale Wirkung von Hoheitsakten nach dem öffentlichen Recht der Bundesrepublik Deutschland und nach internationalem Recht.

790 Vgl. hierzu *Isensee* in: VVDStRL 1974, 49, 63.

791 Vgl. hierzu bereits BVerfGE 18, 112 (120 f.).

792 Vgl. auch *Schröder*, Zur Wirkkraft der Grundrechte bei Sachverhalten mit grenzüberschreitenden Elementen, 137, 141; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band III/1, S. 1228.

Zuständigkeit zulässiger Ausübung von deutscher Hoheitsgewalt markieren deshalb zugleich die äußerste Grenze der möglichen Reichweite der Grundrechte.⁷⁹³

Unter Zugrundelegung dieser völkerrechtsfreundlichen und die souveräne Gleichheit der Rechtsordnungen beachtenden Abgrenzung sind grundsätzlich drei Ansätze zur Definition des Anwendungsbereichs der Grundrechte mit Blick auf Sachverhalte mit Auslandsbezug vorstellbar:

- Die im Hinblick auf die Grundrechtsgeltung außerhalb rein interner Sachverhalte restriktivste, zugleich aber auch die souveräne Gleichheit am stärksten betonende Abgrenzung würde es darstellen, wenn man die Grundrechtsgeltung i.S. des Territorialitätsprinzips grundsätzlich auf das deutsche Staatsgebiet beschränkt.⁷⁹⁴ In einem Zeitalter offener Staatlichkeit kann diese strikte Ausrichtung an der Gebietshoheit allerdings nicht mehr überzeugen.⁷⁹⁵
- Umgekehrt würde es die im Hinblick auf die Grundrechtsgeltung außerhalb rein interner Sachverhalte weitestgehende, zugleich aber auch die souveräne Gleichheit am stärksten belastende Abgrenzung darstellen, wenn man die Grundrechtsgeltung i.S. des Wirkungsprinzips überall annehmen würde, wo die Bundesrepublik Staatsgewalt ausübt oder wo diese Wirkungen zeitigt.⁷⁹⁶
- Eine zwischen diesen Polen vermittelnde Linie mit allerdings stärkeren Verknüpfungen zur Abgrenzung nach dem Wirkungsprinzip nimmt ein Ansatz ein, der i.S. eines Statusprinzips grundsätzlich an den *status passivus* des Grundrechtsprätendenten anknüpft, der entweder der Gebietshoheit oder der Personalhoheit Deutschlands unterstehen muss.⁷⁹⁷

Eine solche vermittelnde Linie i.S. einer moderat verstandenen Grundrechtsbindung verdient im Grundsatz Zustimmung. Denn „eine uneingeschränkte Durchsetzung [der Grundrechtsbindung] in ganz oder überwiegend auslandsbezogenen Sachverhalten (würde) den Sinn des Grund-

793 Vgl. *Isensee* in: ders./Kirchhof, § 190 Rn. 33 ff., 58.

794 Vgl. hierzu z.B. *Heintzen*, Auswärtige Beziehungen privater Verbände, S. 100 ff., 123 f.; *Oppermann*, Transnationale Ausstrahlungen deutscher Grundrechte?, 521, 523, 526.

795 Vgl. hierzu auch *Schröder*, Zur Wirkkraft der Grundrechte bei Sachverhalten mit grenzüberschreitenden Elementen, 137, 140 f.

796 Vgl. hierzu z.B. *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band III/1, S. 1230.

797 Vgl. hierzu z.B. *Heintzen*, Auswärtige Beziehungen privater Verbände, S. 127 ff.; *Isensee* in: VVDStRL 1974, 49, 61 ff.

rechtsschutzes verfehlen". Es ist „jeweils durch Auslegung der entsprechenden Verfassungsnorm festzustellen, ob sie nach Wortlaut, Sinn und Zweck für jede denkbare Anwendung hoheitlicher Gewalt innerhalb der Bundesrepublik gelten will oder ob sie bei Sachverhalten mit mehr oder weniger intensiver Auslandsbeziehung eine Differenzierung zulässt oder verlangt".⁷⁹⁸

Folgt man dem letztgenannten Ansatz, so stellt dies sicher, dass die Grundrechtsbindung nach Art. 1 Abs. 3 GG auch räumlich hinreichend effektiv ist. Nicht nur ist alle Staatsgewalt gebunden, sondern auch die gesamte deutsche Staatsgewalt grundsätzlich überall dort, wo sie tätig wird oder sich auswirkt.⁷⁹⁹ Dementsprechend genießt den Schutz der Grundrechte, wer der deutschen Staatsgewalt unterworfen ist. Wer ihr dagegen nicht ausgesetzt ist, kommt als Grundrechtsträger nicht in Betracht.⁸⁰⁰ Dies bedeutet, dass sich vom Grundsatz her auch ausländische Anbieter, die sich Vollzugsmaßnahmen der Landesmedienanstalten auf der Grundlage des MStV oder des JMStV gegenübersehen, auf den Schutz der Grundrechte des Grundgesetzes berufen können.⁸⁰¹

b. Die Entscheidung des BVerfG zur extraterritorialen Geltung von Grundrechten vom 19. Mai 2020

In seinem sog. BND-Urteil vom 19. Mai 2020 hat das BVerfG betont, dass die Bindung der deutschen Staatsgewalt an die Grundrechte nach Art. 1 Abs. 3 GG nicht auf das deutsche Staatsgebiet begrenzt sei. Allerdings könne sich der Schutz der einzelnen Grundrechte im Inland und Ausland unterscheiden. Jedenfalls der Schutz des Art. 10 Abs. 1 und des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG als Abwehrrechte gegenüber einer Telekommunikationsüberwachung erstreckte sich auch auf Ausländer im Ausland. Art. 1 Abs. 3 GG begründet aus Sicht des BVerfG „eine umfassende Bindung der deutschen Staatsgewalt an die Grundrechte des Grundgesetzes. Einschränkende Anforderungen, die die Grundrechtsbindung von einem territorialen Bezug zum Bundesgebiet oder der Ausübung spezifischer Hoheitsbefugnisse ab-

798 BVerfGE 31, 58 (77).

799 Vgl. hierzu auch *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band III/1, S. 1230.

800 Vgl. *Rüfner* in: *Isensee/Kirchhof*, Band IX, § 196 Rn. 34 f.

801 Zu den Besonderheiten der extraterritorialen Wirkung von Grundrechten bei grenzüberschreitender Veranstaltung von Rundfunk vgl. bereits *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band III/1, S. 1233 m.w.N.

hängig machen, lassen sich der Vorschrift nicht entnehmen“. Das gelte jedenfalls für die Grundrechte als Abwehrrechte gegenüber Überwachungsmaßnahmen, wie sie hier in Frage standen.⁸⁰²

Die Grundrechte binden aus Sicht des BVerfG die staatliche Gewalt „umfassend und insgesamt, unabhängig von bestimmten Funktionen, Handlungsformen oder Gegenständen staatlicher Aufgabenwahrnehmung. Das Verständnis der staatlichen Gewalt ist dabei weit zu fassen und erstreckt sich nicht nur auf imperative Maßnahmen oder solche, die durch Hoheitsbefugnisse unterlegt sind. Alle Entscheidungen, die auf den jeweiligen staatlichen Entscheidungsebenen den Anspruch erheben können, autorisiert im Namen aller Bürgerinnen und Bürger getroffen zu werden, sind von der Grundrechtsbindung erfasst. Eingeschlossen sind hiervon Maßnahmen, Äußerungen und Handlungen hoheitlicher wie nicht hoheitlicher Art. Grundrechtsgebundene staatliche Gewalt im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG ist danach jedes Handeln staatlicher Organe oder Organisationen, weil es in Wahrnehmung ihres dem Gemeinwohl verpflichteten Auftrags erfolgt“. Dies umfasst ungeachtet der eigenen Grundrechtsträgerschaft von Landesmedienanstalten auch hoheitliche Maßnahmen der Landesmedienanstalten in Anwendung von MStV oder JMStV.⁸⁰³

Die Grundrechtsbindung der deutschen Staatsgewalt beschränkt sich dabei auch im Ausland nicht auf eine bloß objektivrechtliche Verpflichtung. Sie korrespondiert vielmehr mit einer Grundrechtsberechtigung derjenigen, die durch die jeweiligen Grundrechtsgarantien als geschützte Grundrechtsträger ausgewiesen sind: „Eine Grundrechtsbindung zugunsten individueller Grundrechtsträger, der dann aber keinerlei subjektivrechtliche Entsprechung gegenübersteht, sieht das Grundgesetz nicht vor. Der Charakter als Individualrecht gehört zum zentralen Gehalt des grundgesetzlichen Grundrechtsschutzes“.⁸⁰⁴

Die Grundrechtsbindung der deutschen Staatsgewalt auch bei einem Handeln gegenüber Ausländern im Ausland entspricht, wie das BVerfG aufzeigt, zugleich der Einbindung der Bundesrepublik in die internationale Staatengemeinschaft.⁸⁰⁵

802 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 19. Mai 2020, 1 BvR 2835/17, Rn. 88.

803 Wie vor, Rn. 91.

804 Wie vor, Rn. 92.

805 Wie vor, Rn. 93 ff.

c. Extraterritoriale Geltung auch der Rundfunkfreiheit für ausländische juristische Personen

Nicht beantwortet ist auch mit dem BND-Urteil allerdings die Frage, ob sich ausländische Anbieter, seien es Rundfunkveranstalter, Telemedienanbieter oder Intermediäre, *ratione personae* gegenüber auf den MStV oder den JMStV gestützten Vollzugsmaßnahmen auf den rundfunkfreiheitlichen Grundrechtsschutz stützen können. Insofern ist (auch) mit Blick auf die durch solche Vollzugsmaßnahmen ggf. beeinträchtigte Rundfunkfreiheit zwischen ausländischen Anbietern, bei denen es sich um natürliche Personen handelt, und Anbietern in Form juristischer Personen zu differenzieren.

Die Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ist als „Jedermann“-Grundrecht konzipiert. Mithin können sich nicht nur Deutsche, sondern auch Angehörige dritter Staatsangehörigkeit auf diese Freiheit berufen. Vor diesem Hintergrund ist zunächst klar, dass von Vollzugsmaßnahmen der Landesmedienanstalten auf der Grundlage des JMStV betroffene ausländische Anbieter in Gestalt von natürlichen Personen auf Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG wegen einer behaupteten Grundrechtsverletzung berufen können.

Schwieriger ist die Rechtslage dort, wo ausländische juristische Personen als Anbieter agieren. Insofern verdient im Ausgangspunkt Art. 19 Abs. 3 GG Beachtung. Danach „(gelten d)ie Grundrechte [...] auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind“.

Dass die Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ihrem Wesen nach allerdings auch auf juristische Personen – unabhängig davon, ob es sich um inländische oder ausländische Personen handelt – vom Ansatz her anwendbar ist, ist evident. Dies wird durch eine Vielzahl von Urteilen bestätigt, in denen sich inländische Unternehmen als juristische Personen des Privatrechts erfolgreich auf eine Verletzung dieses Grundrechts berufen konnten.⁸⁰⁶

Allerdings hat das BVerfG bis in die jüngere Vergangenheit entschieden, dass sich ausländische juristische Personen auf materielle Grundrechte wie die Rundfunkfreiheit – anders als auf prozessuale Grundrechte wie Art. 101 Abs. 1 Satz 2 und Art. 103 Abs. 1 GG⁸⁰⁷ – nicht berufen können. Zur Begründung verwies das BVerfG hierbei auf Wortlaut und Sinn von

806 BVerfGE 95, 220 (234).

807 Vgl. BVerfGE 12, 6 (8); 18, 441 (447); 21, 362 (373); 64, 1 (11).

Art. 19 Abs. 3 GG, die eine entsprechende ausdehnende Auslegung verböten.⁸⁰⁸

In einer Entscheidung vom 19. Juli 2011 hatte sich das BVerfG erstmalig mit der spezielleren Frage zu befassen, ob ausländische juristische Personen, die ihren Sitz in der Europäischen Union haben, Träger materieller Grundrechte des Grundgesetzes sein können. Diese Frage war im Vorfeld in der Literatur umstritten.⁸⁰⁹

Nach dem Wortlaut von Art. 19 Abs. 3 GG gelten die Grundrechte zwar nur „für inländische juristische Personen“. Wegen der Beschränkung auf inländische juristische Personen lässt sich eine Anwendungserweiterung nicht mit dem Wortlaut von Art. 19 Abs. 3 GG begründen. Es würde die Wortlautgrenze übersteigen, wollte man seine unionsrechtskonforme Auslegung auf eine Deutung des Merkmals „inländische“ als „deutsche einschließlich europäische“ juristische Personen stützen.⁸¹⁰ Auch handelt es sich bei EU-Drittstaaten zwar nicht mehr um „klassisches“ Ausland, aber auch nicht um „Inland“ im Sinne der territorialen Gebietshoheit.⁸¹¹

Allerdings lag Art. 19 Abs. 3 GG auch nicht der ausdrückliche Wille des Verfassungsgebers zugrunde, eine Berufung auf die Grundrechte auch seitens juristischer Personen aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union dauerhaft auszuschließen. Die Europäische Union hat sich inzwischen zu einem hochintegrierten „Staatenverbund“⁸¹² entwickelt, an dem die Bundesrepublik Deutschland gemäß Art. 23 Abs. 1 GG mitwirkt. Die Anwendungserweiterung von Art. 19 Abs. 3 GG nimmt diese Entwicklung auf.⁸¹³ Die Anwendungserweiterung des Grundrechtsschutzes auf juristische Personen aus der Europäischen Union entspricht den durch EUV und AEUV seitens der Bundesrepublik Deutschland übernommenen vertraglichen

808 Vgl. BVerfGE 21, 207 (208 f.); 23, 229 (236); 100, 313 (364).

In anderen Entscheidungen hat das BVerfG die Grundrechtsberechtigung ausländischer juristischer Personen ausdrücklich dahingestellt (vgl. allgemein BVerfGE 12, 6 (8); 34, 338 (340); 64, 1 (11) sowie BVerfGE 18, 441 (447) hinsichtlich Art. 14 Abs. 1 GG).

809 Vgl. befürwortend *Drathen*, Deutschengrundrechte im Lichte des Gemeinschaftsrechts; *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Art. 19 Abs. 3 GG Rn. 20 f., 83 f.; *Kotzur* in: DÖV 2001, 192, 195 ff.; ablehnend *Bethge*, Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen nach Art. 19 Abs. 3 Grundgesetz, S. 46 ff.; *Quaritsch* in: *Isensee/Kirchhof*, Band V, § 120 Rn. 36 ff.; *Weinzierl*, Europäisierung des deutschen Grundrechtsschutzes?.

810 BVerfGE 129, 78 (96).

811 Vgl. BVerfGE 123, 267 (402 f.).

812 BVerfGE 123, 267 (348).

813 Vgl. BVerfGE 129, 78 (96 f.).

Verpflichtungen, wie sie insbesondere in den europäischen Grundfreiheiten und – subsidiär – dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV zum Ausdruck kommen. „Die Grundfreiheiten und das allgemeine Diskriminierungsverbot stehen im Anwendungsbereich des Unionsrechts einer Ungleichbehandlung in- und ausländischer Unternehmen aus der Europäischen Union entgegen und drängen insoweit die in Art. 19 Abs. 3 GG vorgesehene Beschränkung der Grundrechtserstreckung auf inländische juristische Personen zurück.“⁸¹⁴

Durch die Anwendungserweiterung des Art. 19 Abs. 3 GG werden juristische Personen mit einem Sitz im EU-Ausland ebenso behandelt wie inländische juristische Personen. Damit geht allerdings umgekehrt auch einher, dass EU-Ausländern die gleichen Vorschriften der Verfassung (einschließlich der Schranken der Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 2 GG) wie inländischen juristischen Personen entgegengehalten werden können.⁸¹⁵

Zwar ließe sich im Ansatz daran denken, diese dogmatische Ableitung der Anwendungserweiterung des Art. 19 Abs. 3 GG, namentlich über das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV, nicht nur mit Blick auf Schutzbereich der Grundrechte und deren Schranken, sondern auch mit Blick auf grundrechtlich abgeleitete Schutzpflichten dergestalt fruchtbar zu machen, dass die entsprechende Schutzverpflichtung nicht nur gegenüber inländischen natürlichen und juristischen Personen, sondern auch gegenüber ausländischen natürlichen und juristischen Personen besteht. Ein solcher dogmatischer Ansatz würde allerdings verkennen, dass das Diskriminierungsverbot nur im Anwendungsbereich des AEUV gilt. Namentlich aus den Grundfreiheiten des AEUV sind indessen regelmäßig keine Schutzpflichten gegenüber privaten Dritten ableitbar.

814 BVerfGE 129, 78 (97).

815 Vgl. BVerfGE 129, 78 (97 f.).

Die dem Bundesverfassungsgericht aufgebene Kontrolle des europäischen Rechts auf Erhaltung der Identität der nationalen Verfassung, auf Einhaltung der nach dem System der begrenzten Einzelermächtigung überlassenen Kompetenzen und der Gewährleistung eines im Wesentlichen dem deutschen Grundrechtsschutz gleichkommenden Schutzniveaus bleibt erhalten. Die Identität der Verfassung (vgl. BVerfGE 123, 267 (354, 398 ff.); 126, 286 (302 f.)) wird durch die Erweiterung der Anwendung des Art. 19 Abs. 3 GG offensichtlich nicht berührt; vgl. BVerfGE 129, 78 (100).

d. Zwischenfazit

Die Landesmedienanstalten sind unter Zugrundelegung einer teleologischen und historischen Auslegung des JMStV zu Vollzugsmaßnahmen gegen ausländische Anbieter wegen Verletzung materiell-rechtlicher Vorgaben des JMStV befugt. Diese Befugnis wird durch eine europarechtskonforme Auslegung des JMStV zumindest bei Sachverhalten, bei denen es sich um Anbieter handelt, die ihren Sitz in einem Mitgliedstaat der EU haben, im Ansatz bestätigt. Eine völkerrechtskonforme Auslegung des JMStV steht einer solchen Befugnis nicht per se entgegen: Denn das geltende Völkerrecht enthält keinen Grundsatz (mehr), dass nationales Verwaltungsrecht nicht auch auf auslandsbezogene Inhalte angewendet werden darf.

Soweit die Landesmedienanstalten gegen ausländische Anbieter vorgehen, sind diese an die grundrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes im Hinblick auf die Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zumindest dann gebunden, wenn es sich bei dem Anbieter entweder um eine natürliche Person oder um eine juristische Person mit Sitz in der EU handelt.

IV. *Pflicht zur Medienregulierung als Ausdruck hoheitlicher Schutzpflichten*

1. *Einleitung*

Die Grundrechte des Grundgesetzes sind nach inzwischen herrschender verfassungsrechtlicher Dogmatik nicht nur Abwehrrechte gegen unverhältnismäßige staatliche Eingriffe in den von ihnen garantierten Freiheitsraum. Der Staat ist vielmehr grundsätzlich auch zu rechtlichen Regelungen verpflichtet, die die Grundrechte seiner Bürger schützen. Derartigen Schutzpflichten genügt der Präventionsstaat nicht allein durch Leistungen, sondern auch durch staatliche Maßnahmen, die von dritten Personen ausgehende Gefährdungen der grundrechtlichen Freiheit abwehren.⁸¹⁶

Ausgangspunkt dieses verfassungsdogmatischen Ansatzes ist, dass Bedrohungen der grundrechtlich geschützten Rechtsgüter nicht nur vom Staat ausgehen, sondern auch durch die Natur (insbesondere in Form von Naturkatastrophen oder sonstigen außerordentlichen Notlagen, insbesondere epidemische Lagen), aber auch von Dritten, seien es Menschen, seien es juristische Personen, ausgelöst werden können. Die verfassungsrechtliche

816 Vgl. *Würtenberger*, Schranken der Forschungsfreiheit und staatliche Schutzpflichten, S. 12.

Bewältigung solcher Bedrohungslagen bewegt sich zwischen der fehlenden Drittwirkung der Grundrechte einerseits, dem staatlichen Gewaltmonopol andererseits. Erstere führt mangels Grundrechtsverpflichtung Privater zum Risiko von Grundrechtsbeeinträchtigungen, letzteres setzt einem Selbstschutz des Grundrechtsberechtigten Grenzen.⁸¹⁷

Die Schutzpflichten-Dogmatik knüpft vor diesem Hintergrund an das Verständnis der Grundrechte als objektive Wertordnung an, wobei der Staat vom Gegner zum Garanten der Grundrechte wird.⁸¹⁸

2. Schutzpflichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Die Doppelfunktion der Grundrechte als Abwehr- und Schutzrechte hat das BVerfG zwar insbesondere im Blick auf das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit entwickelt.⁸¹⁹ Ihr kommt aber auch mit Blick auf dritte Grundrechte dogmatische Bedeutung zu. In Bezug auf den Jugendmedienschutz ist im Übrigen allerdings bereits die staatliche Schutzpflicht in Bezug auf die körperliche Unversehrtheit ohne Weiteres erkennbar. In Bezug auf das Ziel der Vielfaltssicherung laufen im Übrigen verfassungsrechtlich die positive Ordnungs- und die Schutzpflicht des Staates in Gestalt der Länder parallel.

Die Schutzpflichten richten sich insbesondere, aber nicht ausschließlich an den Gesetzgeber. Von der Schutzpflicht der staatlichen Organe kann auch eine auf Grundrechtsgefährdungen bezogene Risikoversorge umfasst sein.⁸²⁰ Die verfassungsrechtliche Schutzpflicht kann eine solche Wahrnehmung hoheitlicher Gewalt gebieten, dass auch die Gefahr von Grundrechtsverletzungen eingedämmt bleibt; ob, wann und mit welchem Inhalt eine solche Wahrnehmung von Verfassungen wegen geboten ist, hängt von der Art, der Nähe und dem Ausmaß möglicher Gefahren, der Art und dem Rang des verfassungsrechtlich geschützten Rechtsguts sowie von den schon vorhandenen regulatorischen Absicherungen ab.⁸²¹ In Bezug auf die Wahrung von Medienpluralismus kommt diesem dynamischen Verständ-

817 Vgl. hierzu auch *Moritz*, Staatliche Schutzpflichten gegenüber pflegebedürftigen Menschen, S. 95 ff.

818 Vgl. BVerfGE 39, 1 (41 f.).

819 Vgl. BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164); 56, 54 (78); 90, 145 (195); 115, 320 (346); 121, 317 (356).

820 Vgl. BVerfGE 49, 89 (140 ff.); 52, 214 (220); 53, 30 (57).

821 Vgl. in Bezug auf die gesetzgeberische Dimension von Schutzpflichten BVerfGE 56, 54 (78).

nis von Schutzpflichten nicht zuletzt auch im Blick auf die Rolle der Medienintermediäre im digitalen Medienökosystem besondere Bedeutung zu.

Hat der Gesetzgeber eine Entscheidung getroffen, deren Grundlage durch neue, im Zeitpunkt des Gesetzeserlasses noch nicht abzusehende Entwicklungen entscheidend in Frage gestellt wird, dann kann er nach der Judikatur des BVerfG von Verfassungen wegen gehalten sein, zu überprüfen, ob die ursprüngliche Entscheidung auch unter den veränderten Umständen aufrechtzuerhalten ist.⁸²² Diese Evaluierungs-, Kontroll- und ggf. Nachbesserungspflicht, die auch im Blick auf verändertes Mediennutzungsverhalten mit Blick auf das bisherige fernsehzentrierte staatsvertragliche Recht der Sicherung von Vielfalt im Medienbereich durch Ziffer 5 der Protokollerklärung aller Länder zum Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland⁸²³ dem Grunde nach anerkannt ist, gilt in gleicher Weise in den Fällen, in denen der Vollzug einer bestehenden, dem Schutz grundrechtlich fundierter Schutzgüter dienenden Gesetzgebung auf Grundlage einer Vollzugskonzeption erfolgt, deren Effektivität im Ergebnis neuer, im Zeitpunkt der Erarbeitung der Konzeption noch nicht abzusehender Entwicklungen entscheidend in Frage gestellt ist.

Das Bundesverfassungsgericht betont in ständiger Rechtsprechung,⁸²⁴ dass über die Art und Weise, wie die aus dem jeweiligen Grundrecht hergeleitete Schutzpflicht zu erfüllen sei, in erster Linie die staatlichen Organe in eigener Verantwortung zu entscheiden hätten; sie befänden darüber, welche Maßnahmen zweckdienlich und geboten seien, um einen wirksamen Schutz zu gewährleisten. Dem entspricht eine Begrenzung der verfassungsrechtlichen Nachprüfung seitens des BVerfG darauf, ob den staatli-

822 Vgl. BVerfGE 49, 89 (143 f.); 56, 54 (79).

823 Unter einleitendem Hinweis darauf, dass sich die Länder einig sind, „dass die Anpassung des Rechtsrahmens an die digitale Transformation mit dem vorliegenden Staatsvertrag nicht abgeschlossen ist“ erklären sie, dass sie u.a. zum Medienkonzentrationsrecht „weitergehende Reformvorschläge erarbeiten“, wobei sie hierzu in der Protokollerklärung ausführen: „Die Länder setzen sich für ein zukunftsfähiges Medienkonzentrationsrecht ein. Dieses muss den real bestehenden Gefahren für die Meinungsvielfalt wirksam begegnen können. Die Medienmärkte haben in den letzten Jahren eine Öffnung erfahren, die neben dem Fernsehen auch andere Mediengattungen, die möglichen Folgen crossmedialer Zusammenschlüsse und auch solcher auf vor- und nachgelagerten Märkten verstärkt in den Fokus rückt. Ein reformiertes Medienkonzentrationsrecht muss daher alle medienrelevanten Märkte in den Blick nehmen.“

824 BVerfGE 39, 1 (44); 46, 160 (164).

chen Organen eine evidente Verletzung der in den Grundrechten verkörpert Grundentscheidungen zur Last zu legen ist.⁸²⁵

„Diese erscheint deshalb geboten, weil es regelmäßig eine höchst komplexe Frage ist, wie eine positive staatliche Schutz- und Handlungspflicht, die erst im Wege der Verfassungsinterpretation aus den in den Grundrechten verkörpert Grundentscheidungen hergeleitet wird, durch aktive gesetzgeberische Maßnahmen zu verwirklichen ist. Je nach der Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse, der konkreten Zielsetzungen und ihrer Priorität sowie der Eignung der denkbaren Mittel und Wege sind verschiedene Lösungen möglich. Die Entscheidung, die häufig Kompromisse erfordert, gehört nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung und dem demokratischen Prinzip in die Verantwortung des vom Volk unmittelbar legitimierten Gesetzgebers und kann vom Bundesverfassungsgericht in der Regel nur begrenzt nachgeprüft werden, sofern nicht Rechtsgüter von höchster Bedeutung auf dem Spiele stehen. Diese Erwägungen fallen verstärkt ins Gewicht, wenn es nicht allein um die Frage geht, ob der Gesetzgeber eine aus den Grundrechten herleitbare Schutzpflicht verletzt hat, wenn vielmehr darüber hinaus die weitere Frage strittig ist, ob er diese Verletzung durch unterlassene Nachbesserung begangen hat. Einen Verfassungsverstoß dieser Art kann das Bundesverfassungsgericht erst dann feststellen, wenn evident ist, dass eine ursprünglich rechtmäßige Regelung wegen zwischenzeitlicher Änderung der Verhältnisse verfassungsrechtlich untragbar geworden ist, und wenn der Gesetzgeber gleichwohl weiterhin untätig geblieben ist oder offensichtlich fehlsame Nachbesserungsmaßnahmen getroffen hat.“⁸²⁶

Auch diese auf gesetzgeberische Ausprägungen grundrechtlicher Schutzpflichten abstellende Beschränkung gerichtlicher Kontrolle in der *Fluglärm-Entscheidung* des BVerfG gilt mit Blick auf die Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten durch sonstige Träger hoheitlicher Gewalt entsprechend.

Grundrechtliche Schutzpflichten begründen dementsprechend für die hoheitliche Gewalt grundsätzlich keine konkreten Handlungspflichten. „Die Verfassung gibt den Schutz als Ziel vor, nicht aber seine Ausgestaltung im Einzelnen. Den Gerichten ist es verwehrt, ihre eigene Einschätzung, wie die Schutzpflicht zweckmäßig erfüllt werden sollte, an die Stelle des jeweils handelnden Organs zu setzen. Diese Zurücknahme der gerichtlichen Kontrollrechte folgt insbesondere aus dem Grundsatz der Gewalt

825 Vgl. BVerfGE 4, 7 (18); 27, 253 (283); 33, 303 (333); 36, 321 (330 f.).

826 BVerfGE 56, 54 (81).

tenteilung. Die Schutzpflichtenlehre bedeutet – als weitere Leistungsdimension der Grundrechte – ohnehin eine Erweiterung der gerichtlichen Kontrolle legislativen oder exekutiven Tuns und Unterlassens. Würden die Gerichte ihre Wertung über die Zweckmäßigkeit einer Schutzmaßnahme an die Stelle der jeweils handelnden Stelle setzen, würde aus der grundgesetzlich vorgesehenen Rechtmäßigkeitskontrolle durch die Gerichte eine mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung nicht vereinbare umfassende Zweckmäßigkeitskontrolle und im Ergebnis Letztentscheidungskompetenz der Judikative“.⁸²⁷

Bei der Erfüllung der grundrechtlichen Schutzpflichten hat nicht nur der Gesetzgeber,⁸²⁸ sondern sämtliche staatliche Gewalt mithin einen weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum. Dieser weite Entscheidungsspielraum besteht insbesondere bei Bezügen der Schutzpflichten zum außenpolitischen Bereich.⁸²⁹

Bei der Entscheidung, wie der Staat seiner Schutzpflicht innerhalb seines weiten Entscheidungsspielraums nachkommt, sind mehrere Faktoren zu berücksichtigen. Der objektive Schutzbedarf der Grundrechte, wie das subjektive Schutzbedürfnis des einzelnen Grundrechtsträgers hängen ab von der Sicherheitsempfindlichkeit des betroffenen Schutzgutes, von Art, Reichweite und Intensität des (potentiellen und aktuellen) Übergriffs, sowie von der Möglichkeit legitimer und zumutbarer Abhilfe durch den Grundrechtsträger selbst. Die Verpflichtung des Staates steht unter dem Vorbehalt des faktisch⁸³⁰ und des verfassungsrechtlich Möglichen.

Der weite Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum wird allerdings dann unterschritten, wenn offensichtlich ist, dass die getroffenen Schutzmaßnahmen völlig unzulänglich oder ungeeignet sind. Insofern wird der Gestaltungsspielraum in eng begrenzten Ausnahmefällen durch das Untermaßverbot begrenzt.⁸³¹ Der Staat darf die Grundrechte seiner Bürger nicht unterhalb des gebotenen Maßes sichern.⁸³² Das Bundesverfassungsgericht kann die Verletzung einer solchen Schutzpflicht insoweit nur

827 VG Köln, Urteil v. 27.5.2015, 3 K 5625/14, Rn. 58, 60.

828 Vgl. hierzu BVerfGE 46, 160 (164).

829 VG Köln, Urteil v. 27.5.2015, 3 K 5625/14, Rn. 71, 73 unter Bezugnahme auf BVerfG, 2 BvR 1720/03, BVerfGK 14, 192; von Arnould, Freiheit und Regulierung in der Cyberwelt: Transnationaler Schutz der Privatsphäre aus Sicht des Völkerrechts, 27, 28.

830 Vgl. hierzu auch Moritz, Staatliche Schutzpflichten gegenüber pflegebedürftigen Menschen, S. 120.

831 Vgl. BVerfGE 88, 203 (251 ff.); 98, 265 (356).

832 Vgl. hierzu auch Moritz, Staatliche Schutzpflichten gegenüber pflegebedürftigen Menschen, S. 115.

feststellen, wenn Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen sind, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben.⁸³³

Diese Vorgaben gelten auch in Bezug auf jugendmedienschutzrechtliche Schutzpflichten: Zwar ist nur in Art. 13 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Art. 126 Abs. 3 der Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 25 Abs. 1 und 2 der Verfassung der Freien Hansestadt Bremen, Art. 14 Abs. 3 der Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern, Art. 6 Abs. 2 der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen, Art. 25 Abs. 2 Satz 1 der Verfassung für Rheinland-Pfalz, Art. 25 Satz 1 der Verfassung des Saarlandes, Art. 9 Abs. 2 der Verfassung des Freistaates Sachsen, Art. 24 Abs. 4 der Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt und Art. 6 a der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein der Schutz der Jugend ausdrücklich als staatliche Aufgabe definiert.⁸³⁴ Indessen erschöpft sich die verfassungsrechtliche Dimension des Jugendschutzes auch außerhalb dieser landesverfassungsrechtlichen Besonderheiten nicht ausschließlich auf eine Qualität als Grundrechtsbeschränkungen rechtfertigender Schutzzweck. Vielmehr ist der Jugendschutz in der Bundesrepublik Deutschland insgesamt ein Rechtsgut mit Verfassungsrang.⁸³⁵ Er ist dementsprechend den Grundrechten und den übrigen mit Verfassungsrang ausgestatteten Rechtsgütern – mit Ausnahme der allen übergeordneten Menschenwürde – gleichwertig.⁸³⁶

Das Recht von Kindern und Jugendlichen auf „Person-Werden“⁸³⁷ wird durch das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in Art. 2 Abs. 1 GG und die Menschenwürde-Garantie in Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistet.⁸³⁸ Dieses Recht auf „Person-Werden“ hat über seine abwehrrechtliche Seite hinaus auch einen objektiv-rechtlichen Gehalt.⁸³⁹ Dem Staat ist danach die Aufgabe zugewiesen, dieses Recht der Minderjährigen zu schützen bzw. Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass es verwirklicht werden kann. Von

833 Vgl. BVerfGE 56, 54 (80); 77, 170 (215); 92, 26 (46); 125, 39 (78 f.) sowie hierzu z.B. *Würtenberger*, Schranken der Forschungsfreiheit und staatliche Schutzpflichten, S. 12 f.

834 Vgl. *Ukrow*, Jugendschutzrecht, Rn. 12.

835 Vgl. BVerfGE 30, 336 (347 f.); 47, 109 (117); 77, 345 (356); 83, 130 (139 ff.); BVerwGE 39, 197 (208); 77, 75 (82); 91, 223 (224 f.).

836 Vgl. *Ukrow*, Jugendschutzrecht, Rn. 12.

837 Vgl. *Ditzen* in: NJW 1989, 2519, 2519 („Recht auf Mensch-Werden“); *Engels* in: AöR 1997, 212, 219 ff., 226 ff.

838 Vgl. hierzu z.B. auch *Nikles* in: ders./Roll/Spürck/Erdemir/Gutknecht, Teil I Rn. 5.

839 Vgl. auch *Langenfeld* in: MMR 2003, 303, 305.

Minderjährigen sind staatlicherseits Einflüsse fernzuhalten, die zu erheblichen, schwer oder gar nicht korrigierbaren Fehlentwicklungen führen können.⁸⁴⁰ Er hat „im Rahmen des Möglichen die äußeren Bedingungen für eine dem Menschenbild des Grundgesetzes entsprechende geistig-seelische Entwicklung der Kinder und Jugendlichen zu sichern“.⁸⁴¹

Die Frage, ob staatliche Schutzpflichten auch gegenüber Minderjährigen im Hinblick auf einen effektiven Jugendmedienschutz bestehen, war bislang noch nicht Gegenstand höchstrichterlichen Rechtsprechung. Eine entsprechende Ausdehnung der Schutzpflichten-Dogmatik auf Minderjährige bedarf einer gesonderten dogmatischen Begründung. Nur dort, wo ein Vergleich der Situation Minderjährigen in Situationen audiovisueller Konfrontation mit jugendgefährdenden oder entwicklungsbeeinträchtigenden Angebotsinhalten mit den Fallkonstellationen aus der bisherigen Schutzpflichten-Rechtsprechung eine vergleichbares Schutzerfordernis ergibt, scheint eine Ausdehnung verfassungsrechtlich geboten. Dass die Länder mit den Vorgaben des JMStV in ihrer Fassung durch Art. 3 des Staatsvertrages zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland einer solchen Schutzpflicht über legislative Maßnahmen, sofern sie angenommen wird, nicht entsprechen würden, ist nicht ersichtlich. Zudem ist spätestens nach dem Einstieg der Medienaufsicht in ein Einschreiten unmittelbar gegen ausländische Anbieter nicht erkennbar, dass auf Ebene des Vollzugs eine Schutzpflichtverletzung besteht, die unter Zugrundelegung des dogmatischen Ansatzes des Bundesverfassungsgerichts einer Grundrechtsverletzung gleichkommt.

3. Europäische Bezüge der grundrechtlich fundierten Schutzpflichtdogmatik

a. Schutzpflichten-Dogmatik und EMRK

In Bezug auf die EMRK lässt sich unter Auslegung einer Reihe von Urteilen das grundsätzliche Bestehen von Schutzpflichten („*positive obligations*“ bzw. „*obligations positives*“) – abgeleitet von Handlungspflichten – feststel-

840 Vgl. BVerfGE 30, 336 (347 f.); BVerwGE 77, 75 (82); Dörr/Cole, Jugendschutz in den elektronischen Medien, S. 20; Engels in: AöR 1997, 212, 219 ff., 226 ff.; Iensee/Axer, Jugendschutz im Fernsehen, S. 69.

841 BVerwG NJW 1987, 1429 (1430); Schulz in: MMR 1998, 182, 183; Ukrow, Jugendschutzrecht, Rn. 13.

len.⁸⁴² Zugleich besteht aber (auch) auf der Grundlage der EMRK ein Umsetzungsspielraum der Staaten bei der Ausübung der Schutzpflichten, so dass aus der Schutzpflicht nicht zwingend eine gesetzliche Regulierung folgen muss; in Betracht kommen stattdessen auch Untersuchungspflichten und Informationspflichten.⁸⁴³ Aus den Handlungspflichten können aber auch Pflichten zum Schutz im Verhältnis zwischen Privaten folgen.⁸⁴⁴

b. Schutzpflichten-Dogmatik im Lichte des EU-Rechts

Zwar findet sich im Rahmen des Unionsrechts noch keine der verfassungsrechtlichen Situation vergleichbare Schutzpflichten-Dogmatik auf der Grundlage der Grundrechte-Charta der EU.⁸⁴⁵ Ein solcher Schutzpflichten-Ansatz würde allerdings beim derzeitigen Stand der Integration ohnedies namentlich mit Art. 51 Abs. 2 der Charta kollidieren, wonach diese Charta „den Geltungsbereich des Unionsrechts nicht über die Zuständigkeiten der Union hinaus aus(dehnt) und ... weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Union (begründet), noch ... die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben (ändert)“.

Allerdings ist auch nicht ersichtlich, dass EUV oder AEUV der aufgezeigten grundgesetzlichen Schutzpflichten-Dogmatik europarechtliche Schranken setzen. Dagegen spricht nicht zuletzt, dass inzwischen anerkannt ist, dass die grundfreiheitlichen Beschränkungsverbote nicht nur in Bezug auf unmittelbar staatliches Verhalten gelten, sondern auch in Bezug auf einem Mitgliedstaat zurechenbares Verhalten Privater. Insoweit verdienen die auf die Reichweite der Warenverkehrsfreiheit bezogenen Überlegungen des EuGH in der Rs. *Kommission/Frankreich*⁸⁴⁶ aus 1997 *mutatis mutandis* auch für die Abgrenzung des Anwendungsbereichs der übrigen Grundfreiheiten Beachtung. Die grundfreiheitlichen Verbotsnormen verbieten damit nicht nur Maßnahmen, die auf einen Mitgliedstaat zurückzu-

842 Vgl. namentlich EGMR, Nr. 23144/93, *Özgür Gündem / Türkei*, Rn. 42 sowie z.B. *Dröge*, Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention, S. 1 ff., 71 ff., 179 ff.; *Jaekel*, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, S. 128 ff.; *Klatt* in: *ZaöRV* 2011, 691, 692 ff.; *Koenen*, Wirtschaft und Menschenrechte, S. 58; *Ress* in: *ZaöRV* 2004, 621, 628.

843 Vgl. *Koenen*, Wirtschaft und Menschenrechte, S. 59 ff.

844 Vgl. *Koenen*, Wirtschaft und Menschenrechte, S. 66 ff.

845 Vgl. *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 51 Rn. 39; *Kingreen* in: *Calliess/Ruffert* Art. 51 GRC, Rn. 25 f.

846 EuGH, Rs. C-265/95, *Kommission/Frankreich*.

führen sind und selbst Beschränkungen für den Handel zwischen den Mitgliedstaaten schaffen, „sondern (können) auch dann Anwendung finden, wenn ein Mitgliedstaat keine Maßnahmen ergriffen hat, um gegen Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs (bzw. sonstiger Grundfreiheiten; Ergänzung der Verf.) einzuschreiten, deren Ursachen nicht auf den Staat zurückzuführen sind“.⁸⁴⁷ Die Grundfreiheiten können nämlich ebenso wie durch eine mitgliedstaatliche Handlung dadurch beeinträchtigt werden, dass ein Mitgliedstaat untätig bleibt oder es versäumt, ausreichende Maßnahmen zur Beseitigung von Hemmnissen für eine Grundfreiheit zu treffen, die insbesondere durch Handlungen von Privatpersonen in seinem Gebiet geschaffen wurden, die sich gegen die durch die Grundfreiheit geschützte Tätigkeit richten.⁸⁴⁸ Art. 34 und 63 AEUV „verbiete(n) den MS somit nicht nur eigene Handlungen oder Verhaltensweisen, die zu einem Handelshemmnis (bzw. sonstigen Hemmnis für eine Grundfreiheit, Ergänzung d. Verf.) führen könnten, sondern verpflichte(n) sie in Verbindung mit Art. 5 EGV (nunmehr: Art. 4 Abs. 3 EUV) auch dazu, alle erforderlichen und geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um in ihrem Gebiet die Beachtung dieser Grundfreiheit(en) sicherzustellen“.⁸⁴⁹

Die Maßnahmen, die ein Mitgliedstaat im Falle einer Beeinträchtigung einer Grundfreiheit des AEUV durch Private ergreift, müssen – unter Berücksichtigung der Häufigkeit und Schwere dieser Beeinträchtigung – ausreichen, um diese Grundfreiheit dadurch zu gewährleisten, „dass sie die Urheber der fraglichen Zuwiderhandlungen wirksam an deren Begehung und Wiederholung hinder(n) und sie davon abschrecken“.⁸⁵⁰ Der betreffende Mitgliedstaat hat „alle geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um die volle, wirksame und korrekte Anwendung des Gemeinschaftsrechts (nunmehr: Unionsrechts) im Interesse aller Wirtschaftsteilnehmer sicherzustellen, sofern er nicht nachweist, dass sein Tätigwerden Folgen für die öffentliche Ordnung hätte, die er mit seinen Mitteln nicht bewältigen könnte“.⁸⁵¹

Dabei kommt den Mitgliedstaaten zwar ein erheblicher Ermessensspielraum in Bezug auf die Frage zu, welche Maßnahmen in einer bestimmten Situation am geeignetsten sind, um Beeinträchtigungen der Grundfreihei-

847 Wie vor, Rn. 30; vgl. auch *Pache* in Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 10 Rn. 214.

848 Vgl. zum Ansatz des EuGH in seiner Warenverkehrs-Rechtsprechung EuGH, Rs. C-265/95, *Kommission / Frankreich*, Rn. 31.

849 Wie vor, Rn. 32.

850 Wie vor, Rn. 52; zur gebotenen Abschreckung vgl. im Übrigen *Meier*, Anmerkung, EuZW 1998, 87, 87.

851 Wie vor, Rn. 56.

ten von privater Seite zu beseitigen. Die EU-Organe sind dementsprechend nicht kompetent, sich an die Stelle der Mitgliedstaaten zu setzen und ihnen vorzuschreiben, welche Maßnahmen sie erlassen und tatsächlich anwenden müssen, um die Grundfreiheiten aus ihrem, in und durch ihr Gebiet zu gewährleisten.⁸⁵² Diese im Verhältnis der Mitgliedstaaten zur EU-Ebene anerkannte Einschätzungsprärogative weist erkennbare strukturelle Parallelitäten zur Einschätzungsprärogative staatlicher Organe im Verhältnis zu einer innerstaatlichen gerichtlichen Kontrollinstanz wie dem BVerfG in Bezug auf die Frage, wie einer Schutzpflicht genügt wird, auf.

Der EuGH ist allerdings zuständig, unter Berücksichtigung des vorbezeichneten Ermessens in den ihm unterbreiteten Fällen zu prüfen, ob der betreffende Mitgliedstaat zur Sicherstellung der Grundfreiheiten geeignete Maßnahmen ergriffen hat. Von einer Verletzung der grundfreiheiten-bezogenen Schutzpflicht kann mit Blick auf die Einschätzungsprärogative des Mitgliedstaates nur ausgegangen werden, wenn sich die Beeinträchtigung der Grundfreiheit als so gravierend erweist, dass das Verhalten des Mitgliedstaates auch unter Berücksichtigung der diesem zustehenden Einschätzungsprärogative nicht mehr tragbar erscheint.⁸⁵³ Auch die Parallelitäten dieser Grenze der Einschätzungsprärogative mit dem Untermaßverbot in der Judikatur des BVerfG sind offenkundig.

c. Schutzpflichten im Verbund der Regulierungssysteme

In Anlehnung an die Solange-Judikatur des BVerfG⁸⁵⁴ kann im Übrigen die These vertreten werden, dass die Schutzpflichten des Grundgesetzes solange und soweit nicht wahrgenommen werden müssen, solange eine im Ansatz vergleichbares Schutzniveau durch Tätigkeit von Drittstaaten besteht. Ein solcher auf Kooperation der Regulierungsbehörden im Interesse von Schutz der Menschenwürde und Jugendmedienschutz angelegter Ansatz trägt der Integrationsoffenheit und Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes Rechnung. Er erweitert den bisherigen justizorientierten Prozess wechselseitiger Rezeption von mitgliedstaatlichen, europäischen und internationalen Grundrechte-Gewährleistungen um eine die Schutzdimension in den Blick nehmende exekutive Facette und entlastet zugleich

852 Wie vor, Rn. 33 f.

853 Vgl. EuGH, Rs. C-112/00, *Schmidberger / Österreich*, Rn. 80 ff.; vgl. auch *Jeck/Langner*, Die Europäische Dimension des Sports, S. 25 f.; *Lengauer*, Drittwirkung von Grundfreiheiten, S. 218 ff. 227 ff.

854 Vgl. dazu bereits eingehend oben Abschnitt B.VI.2.

die Regulierungsbehörden von nicht gebotener Doppelarbeit. An einem solchen vergleichbaren Schutzniveau aufgrund völkerrechtlicher Verpflichtungen fehlt es indessen mit Blick auf den Schutz der Menschenwürde und in weiten Teilen auch den Jugendmedienschutz. Namentlich reichen die verfassungsrechtlichen Schutzpflichten über den reinen Schutz vor Kinderpornographie hinaus, der völkervertragsrechtlich inzwischen anerkannt ist.

V. Materiell-rechtliche Aspekte

Materiell-rechtlich weisen einige Regelungen in aktuellen innerstaatlichen Rechtsakte mit Bedeutung für den Mediensektor Ausformungen auf, bei denen sich nicht nur – im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter erörterungsbedürftige – Fragen nach der innerstaatlichen Kohärenz der Regulierung stellen, sondern auch ein gewisses Konfliktpotential mit dem europäischen Rechtsrahmen zumindest nicht ausgeschlossen erscheint. Insbesondere das deutsche Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) hat seit seiner Entstehung kontroverse Debatten über seine Rechtskonformität ausgelöst – nicht nur im Hinblick auf Fragen seiner (vor allem formellen) Verfassungsmäßigkeit,⁸⁵⁵ worauf im Folgenden nicht näher eingegangen

855 Kritisch zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes z.B. *Feldmann* in: K&R 2017, 292, 294; *Gersdorf* in: MMR 2017, 439, 441; *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen* in: K&R 2017, 433, 434; *Kalscheuer/Hornung* NVwZ 2017, 1721, 1721 ff.; *Müller-Franken* in: AfP 2018, 1, 2 f.; *Nolte* in: ZUM 2017, 552, 561; a.A. z.B. *Bautze* in: KJ 2019, 203, 208; *Peifer* in: AfP 2018, 14, 21 f.. Unmittelbar gegen Vorschriften des NetzDG gerichtete Verfassungsbeschwerden sind im Übrigen aus Sicht des BVerfG unzulässig (vgl. Beschluss v. 23.04.2019 – 1 BvR 2314/18, Rn. 6 f.), da es an einer Erschöpfung des fachgerichtlichen Rechtswegs mangle, wenn nicht gegen den Vollzugsakt (etwa die Sperrung oder Löschung eines Inhalts durch die Netzanbieter) vorgegangen würde, wobei dann inzidenter auch die Verfassungsmäßigkeit der Vorschriften des NetzDG überprüft werden könne.

werden soll,⁸⁵⁶ sondern auch im Hinblick auf seine Vereinbarkeit mit Unionsrecht, die in Teilen der Literatur bezweifelt wird.⁸⁵⁷

1. Anwendungsbereich bestimmter nationaler Rechtsakte

a. Herkunftslandprinzip und NetzDG

Gemäß Art. 3 Abs. 1 ECRL muss der Staat der Niederlassung eines Diensteanbieters dafür Sorge tragen, dass dieser mit seinem Angebot die innerstaatlichen Regelungen beachtet. Nach Art. 3 Abs. 2 der ECRL dürfen die Mitgliedstaaten den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat nicht aus Gründen einschränken, die in den sog. „koordinierten Bereich“ fallen. Dieses bereits oben beschriebene Herkunftslandprinzip soll den reibungslosen Dienstleistungsverkehr im Binnenmarkt für diesen Sektor gewährleisten. Andere Mitgliedstaaten dürfen damit grundsätzlich keine vom Herkunftsstaat abweichenden Regelungen auf Anbieter von anderen EU-Staaten festsetzen. Der neu eingeführte Art. 28 a Abs. 1, Abs. 5 AVMD-RL wiederholt dieses Prinzip für VSPs, zu denen auch soziale Netzwerke gehören können.⁸⁵⁸

Der Anwendungsbereich des 2017 in Deutschland in Kraft getretenen NetzDG gilt für Telemediendiensteanbieter, die mit Gewinnerzielungsabsicht Plattformen im Internet betreiben, die dazu bestimmt sind, dass Nutzer beliebige Inhalte mit anderen Nutzern teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen (soziale Netzwerke) und erfasst damit grundsätzlich

856 Auch die Verfassungskonformität der Novelle des NetzDG durch das Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität (BT-Drs. 19/17741 und 19/20163) ist strittig. Im Nachgang u.a. zu einem Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages (abrufbar unter <https://cdn.netzpolitik.org/wp-upload/2020/09/WD-10-030-20-Gesetz-Hasskriminalitaet.pdf>) zögert nach Medienberichten (<https://netzpolitik.org/2020/gutachten-zum-netzdg-gesetz-gegen-hasskriminalitaet-verfassungswidrig/#vorschaltbanner>) der Bundespräsident wegen verfassungsrechtlicher Bedenken bei der Unterzeichnung der von Bundestag und Bundesrat beschlossenen Gesetzesnovelle. Vgl. auch [tagesschau.de](https://www.tagesschau.de), „Verfassungsrechtliche Bedenken – Scheitert das Anti-Hass-Gesetz?“ (17.09.2020), abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/investigativ/nd-r-wdr/hasskriminalitaet-gesetz-101.html>.

857 So beispielsweise *Spindler* in: ZUM 2017, 473, 473 ff.; *Hoeren*, *Netzwerkdurchsetzungsgesetz europarechtswidrig*.

858 *Nölscher* in: ZUM 2020, 301, 306. Vgl. dazu bereits eingehend und m.w.N. oben in Abschnitt D.II.2.d(5).

auch Dienstanbieter mit Niederlassung im (EU-)Ausland. Die Regelungen definieren den Anwendungsbereich des Gesetzes entsprechend der Zielsetzung, Hasskriminalität sowie weitere im Gesetz benannte strafbare Inhalte auf den Plattformen sozialer Netzwerke wirksamer zu bekämpfen, um die damit verbundenen Gefahren für das friedliche Zusammenleben und für die freie, offene und demokratische Gesellschaft abzuwenden.⁸⁵⁹ Das NetzDG steht damit in einem Spannungsverhältnis zum Herkunftslandprinzip, sofern es im Rahmen des Pflichtenkatalogs zur Löschung rechtswidriger Inhalte, den bußgeldbewerten Ordnungswidrigkeitstatbeständen oder dem Erfordernis inländischer Zustellungsbevollmächtigter, engere Regelungen festsetzt, als der jeweilige (EU-)Herkunftsstaat eines Netzwerks im Sinne des Gesetzes, das in Deutschland eine bestimmte Bedeutung hat.⁸⁶⁰

Art. 3 Abs. 4 ECRL bietet allerdings Ausnahmetatbestände zum Herkunftslandprinzip. So können gem. Art. 4 Abs. 4 Buchst. a) ECRL Mitgliedstaaten abweichend vom Herkunftslandprinzip Maßnahmen ergreifen, wenn sie zum Schutz der öffentlichen Ordnung, insbesondere Verhütung, Ermittlung, Aufklärung und Verfolgung von Straftaten, einschließlich des Jugendschutzes und der Bekämpfung der Hetze aus Gründen der Rasse, des Geschlechts, des Glaubens oder der Nationalität, sowie von Verletzungen der Menschenwürde einzelner Personen, erforderlich sind und einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft betreffen, der eines dieser Ziele beeinträchtigt oder zumindest eine ernsthafte, schwerwiegende Gefahr für sie darstellt. Die Maßnahme muss dabei in einem angemessenen Verhältnis zum Schutzziel stehen.

Im Zusammenhang mit dem NetzDG werden dabei insbesondere die Merkmale der Betroffenheit eines „bestimmten Dienstes“ der Informationsgesellschaft⁸⁶¹ sowie die Angemessenheit⁸⁶² als diskussionswürdig gesehen. Gemeint ist mit der Betroffenheit eines „bestimmten Dienstes“, dass die in Art. 3 Abs. 3 ECRL festgelegte Ausnahme gerade keine Bereichsausnahme darstellt. Somit ist zumindest fraglich, ob die abstrakt-generellen Pflichten des NetzDG, beispielsweise im Hinblick auf die Berichtspflichten, die eine ganze Gruppe von Diensten der Informationsgesellschaft be-

859 Vgl. dazu die Begründung zum damaligen Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD des Deutschen Bundestages, BT-Drs. 18/12356 v. 16.5.2017, S. 18.

860 *Hoeren*, Netzwerkdurchsetzungsgesetz europarechtswidrig.

861 Näher hierzu *Nölscher* in: ZUM 2020, 301, 307.

862 Kritisch hierzu *Hoeren*, Netzwerkdurchsetzungsgesetz europarechtswidrig.

treffen, in diese Ausnahme fallen können.⁸⁶³ Die Angemessenheit der Regelung wird zudem im Hinblick auf die pauschale Regelung zu den Reaktionszeiten und vermutete negative Auswirkungen auf die Meinungsäußerungsfreiheit im Internet von einzelnen Autoren sehr kritisch gesehen.⁸⁶⁴

Teilweise wird diese grundsätzliche Problematik der Vereinbarkeit mit dem Herkunftslandprinzip im aktuellen Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDGÄndG-E)⁸⁶⁵ bezüglich VSPs adressiert. Die Begründung zum NetzDGÄndG-E hebt dabei hervor, dass Artikel 28 a Abs. 5 AVMD-RL auf die Anwendung der ECRL für Anbieter von VSP-Diensten verweise. Für solche Dienste, die nicht in der Bundesrepublik Deutschland ansässig sind oder als dort ansässig gelten, soll das NetzDG daher grundsätzlich nicht gelten. Die nach § 4 NetzDG zuständige Behörde (das Bundesamt für Justiz) soll unter den Voraussetzungen des § 3 Abs. 5 TMG die grundsätzliche Anwendbarkeit des NetzDG und ihren Umfang im Hinblick auf die Pflichten nach §§ 2, 3 und 3 b (des dann geänderten) NetzDG allerdings im Einzelfall (für dann bestimmte Anbieter) festlegen können. Hierdurch soll dem in der ECRL verankerten Herkunftslandprinzip, auf dem auch die AVMD-Richtlinie basiert, Rechnung getragen werden.⁸⁶⁶

Obwohl die Unionsrechtmäßigkeit des Gesetzes nicht eindeutig ist in der aktuellen Fassung und insbesondere verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Aufsichtsfunktion einer nicht staatsunabhängigen Behörde wie des Bundesamts für Justiz im Anwendungsbereich der novellierten AVMD-Richtlinie⁸⁶⁷ bestehen, stellt sich dennoch die Frage, wie bei einer sehr restriktiven Auslegung des Herkunftslandprinzips im Rahmen einer stark gewandelten Kommunikation ein angemessener Grundrechtsschutz überhaupt erreicht werden soll.⁸⁶⁸ Gefahrenlagen werden in den Mitgliedstaaten unterschiedlich beantwortet und Regulierungsansätze folgen un-

863 Nölscher geht im Ergebnis davon aus, dass vieles für eine extensive Auslegung der Ausnahme spricht, ZUM 2020, 301, 310; kritisch bzgl. des Bezugs auf einen „bestimmten Dienst“ Spindler in: ZUM 2017, 473, 476.

864 Hoeren, Netzwerkdurchsetzungsgesetz europarechtswidrig.

865 Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes. BT-Drs. 19/18792 v. 27.4.2020.

866 So der Wissenschaftliche Dienst des Bundestags, WD 10 – 3000 – 023/20, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/691846/cb11c99d9a39b6e73151549e22d76b73/WD-10-023-20-pdf-data.pdf>.

867 Vgl. zum Erfordernis unabhängiger Regulierungsstellen nach der AVMD-Richtlinienreform 2018 bereits eingehend ob unter Abschnitt D.II.2.d(4).

868 Hierzu auch Cole/Etteldorf/Ullrich, Cross-border Dissemination of Online Content, S. 221 ff.

terschiedlichen Rahmenbedingungen und Interessenabwägungen. Mit der Festlegung bestimmter Standards für VSPs im Rahmen des Art. 28 b AVMD-RL hat sich der europäische Gesetzgeber in Teilen dieser Problematik gewidmet. Weitere Vorhaben sowohl auf Ebene der EU⁸⁶⁹ als auch in anderen EU-Mitgliedstaaten⁸⁷⁰ zeigen, dass digitalen Massenphänomenen wie sozialen Netzwerken, die ein Bestandteil der Kommunikation in demokratischen Gesellschaften geworden sind, eine besondere Verantwortung zukommt, für die auch regulatorisch ein Rahmen gefunden werden muss. Eine klarere Regelung, wie bei Aufrechterhaltung des Herkunftslandprinzips für bestimmte Fragen der Rechtsdurchsetzung auch ein Marktortprinzip oder Elemente eines solchen Anwendung finden können, ist auf EU-Ebene vorzunehmen.

b. Herkunftslandprinzip und MStV

Im Rahmen des Notifizierungsverfahrens⁸⁷¹ äußerte sich die EU-Kommission, wie bereits mehrfach dargestellt, zum Entwurf eines Staatsvertrags zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland. Darin kommt die Kommission zum Schluss, dass der Medienstaatsvertrag prinzipiell mit dem EU-Recht vereinbar ist, äußert aber Bedenken im Hinblick auf mögliche Konflikte mit der ECRL.

Das Notifizierungsverfahren nach der Richtlinie über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft (RL (EU) 2015/1535)⁸⁷² sieht verschiedene Reaktionsmöglichkeiten für die Kommission auf notifizierte Vorschriften vor, zu denen das Vorbringen von Bemerkungen (Art. 5 Abs. 2 RL (EU) 2015/1535) und die Abgabe einer ausführlichen Stellungnahme (Art. 6 Abs. 2 RL (EU) 2015/1535) zählen. Dabei kann die Abgabe einer ausführlichen Stellungnahme eine Verlängerung der sog. Stillhaltefrist auslösen. Die wie vorliegend geäußerten Bemerkungen hindern dem-

869 Vgl. eingehend bereits Abschnitt D.III.1.

870 Beispielsweise Frankreich mit dem *loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet*, aaO (Fn. 631).

871 Notifizierung 2020/26/D, aaO (Fn. 18).

872 Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. September 2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L1535&from=DE>.

gegenüber das nationale Gesetzgebungsverfahren nicht. Diese müssen allerdings nach Art. 5 Abs. 2 der RL (EU) 2015/1535 in der weiteren Handhabung so weit wie möglich beachtet werden.⁸⁷³

Aus materiell-rechtlicher Sicht sieht die Kommission dabei insbesondere die Regelung des § 1 Abs. 8 MStV zum räumlichen Anwendungsbereich für Medienintermediäre, Medienplattformen und Benutzeroberflächen in ihrer derzeitigen Form wegen eines möglichen Verstoßes gegen die ECRL kritisch. Grundsätzlich sieht § 1 Abs. 7 MStV vor, dass der Staatsvertrag nur für Anbieter von Telemedien gilt, wenn sie nach den Vorschriften des Telemediengesetzes in Deutschland niedergelassen sind. Abweichend hiervon bestimmte § 1 Abs. 8 MStV, dass für Medienintermediäre, Medienplattformen und Benutzeroberflächen der Staatsvertrag dennoch gilt, soweit sie zur Nutzung in Deutschland bestimmt sind. Dies wird angenommen für Dienste, „wenn sie sich in der Gesamtschau, insbesondere durch die verwendete Sprache, die angebotenen Inhalte oder Marketingaktivitäten, an Nutzer in Deutschland richten oder in Deutschland einen nicht unwesentlichen Teil ihrer Refinanzierung erzielen“ (§ 1 Abs. 8 S. 3 MStV). Die genannten Dienstekategorien stellen dabei Dienste der Informationsgesellschaft dar; die materiell-rechtlichen Verpflichtungen betreffen zudem die Aufnahme oder Ausübung von Tätigkeiten im Anwendungsbereich der ECRL. Den Diensten werden beispielsweise im Rahmen der für diese Dienste geltenden Vorschriften zu Transparenz und Diskriminierungsfreiheit zusätzliche Verpflichtungen auferlegt.⁸⁷⁴ Die Begründung zum Medienstaatsvertrag⁸⁷⁵ führt hierzu aus:

„Für diese besonderen Telemedien wird somit – abweichend von der grundsätzlichen Regelung des Absatzes 7 – das sog. Marktortprinzip verankert. Die Verankerung des Marktortprinzips ist auch in Ermangelung entsprechender europäischer Regelungen und aufgrund der fehlenden Regelungskompetenz der Europäischen Union notwendig, um Medienpluralismus sowie kommunikative Chancengleichheit in Deutschland sicherzustellen.“

Die Länder berufen sich zudem auf Art. 1 Abs. 6 ECRL. Dieser regelt, dass Maßnahmen auf gemeinschaftlicher oder einzelstaatlicher Ebene, die un-

873 Ausf. zur Bedeutung und zum Ablauf des Informationsverfahrens *Cole*, in: HK-MStV, § 61 Rn. 1 ff., v.a. 4 ff.

874 Die Kommission nimmt dies insbesondere für die Anzeigepflicht gem. § 79 MStV sowie die Transparenz von Systemen für die Auswahl und Organisation von Inhalten gem. § 85 und § 93 MStV an.

875 Begründung zum Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland, zu § 1, abrufbar unter: <https://www.rlp.de/index.php?id=32764>.

ter Wahrung des Gemeinschaftsrechts der Förderung der kulturellen und sprachlichen Vielfalt und dem Schutz des Pluralismus dienen, von der Richtlinie unberührt bleiben. Die Kommission führt hierzu aus, dass Maßnahmen tatsächlich und objektiv dem Schutz des Medienpluralismus dienen und in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen der Maßnahme stehen müssen. Darüber hinaus müssten Mitgliedstaaten beim Erlass solcher Maßnahmen das weitere EU-Recht beachten, zu dem auch die Bestimmungen der ECRL gehören.⁸⁷⁶

Diese Bedenken seitens der Kommission führten aber nicht zu einer ausführlichen Stellungnahme. Dieses Ergebnis des Notifizierungsverfahrens durch bloße Bemerkungen entfaltet zwar keine Sperr- oder Bindungswirkung in Hinblick auf eine etwaige spätere Prüfung der EU-Rechtskonformität durch die Kommission im Wege der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens vor dem EuGH.⁸⁷⁷ Jedoch ist aus der Argumentation erkennbar, dass die Bedenken nicht als ausreichend angesehen wurden, um eine weitergehende Reaktion auf den Entwurf zu begründen. Dies entspricht dem oben ausführlich dargestellten Prüfungsergebnis, dass die Argumentationslinie der Kommission nicht überzeugt, soweit ein möglicher Verstoß gegen die ECRL angedeutet wird.⁸⁷⁸

2. Weitere materiell-rechtliche Erwägungen

a. NetzDG und Fragen der Verantwortlichkeit

Ein weiteres mögliches Spannungsverhältnis bei Fragen der Regulierung des Mediensektors besteht in Bezug zu den Verantwortlichkeitsregeln der ECRL. Auch insoweit wird teilweise argumentiert, dass das NetzDG zu einer unzulässigen Abweichung des Haftungsprivilegs der ECRL (Art. 14 Abs. 1 Buchst. b) für Hostingdienste) führe.⁸⁷⁹

876 Vgl. zum Hintergrund von Abweichungsmöglichkeiten bereits die Ausführungen zur ECRL unter Abschnitt D.II.1. sowie zu den grundfreiheitlichen Anforderungen unter Abschnitt C.IV.1.

877 Siehe auch *Holznapel*, Stellungnahme zur schriftlichen Anhörung des Ausschusses für Kultur und Medien des Landtags Nordrhein-Westfalen, 17/2858, abrufbar unter <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST17-2858.pdf>.

878 Siehe Abschnitt E.II.4.d.

879 *Spindler* in: ZUM 2017, 473, 479ff.; *Wimmers/Heymann AfP* 2017, 93, 95.

Art. 14 ECRL regelt die Verantwortlichkeiten von Diensten der Informationsgesellschaft, die in der Speicherung von durch einen Nutzer eingegebenen Informationen bestehen. Hierunter fallen auch die von § 1 NetzDG genannten sozialen Netzwerke. Gem. Art. 14 ECRL sind solche Diensteanbieter nicht für die im Auftrag eines Nutzers gespeicherten Informationen verantwortlich, sofern sie keine tatsächliche Kenntnis von deren Rechtswidrigkeit haben, und, in Bezug auf Schadenersatzansprüche, sich auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst sind, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird. Die Anbieter sind allerdings dazu verpflichtet unverzüglich nach Kenntnisnahme tätig zu werden, um die betreffende Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren.⁸⁸⁰

Die starren Fristen zur Entfernung oder Sperrung von rechtswidrigen Inhalten nach § 3 NetzDG könnten dabei im Widerspruch zum Merkmal der „Unverzüglichkeit“ stehen.⁸⁸¹ Als Rechtsbegriff des Unionsrechts unterliegt dieses Kriterium der Auslegung durch den EuGH, der sich an den einschlägigen Erwägungsgründen orientiert.⁸⁸² Die Erwgr. 10 (in Bezug auf die generelle Zielsetzung der ECRL) und 46 (in Bezug auf die Haftungsprivilegien) erläutern, dass mit der abgestuften Verantwortlichkeit und der Notwendigkeit unverzüglicher Reaktion auf bekannt gewordene rechtswidrige Inhalte einerseits ein hoher Rechtsgüterschutz, andererseits die Meinungsfreiheit abgesichert werden sollen.

Die Organisationspflichten des § 3 NetzDG für Anbieter sozialer Netzwerke sehen ein Verfahren für den Umgang mit Beschwerden vor, wonach gewährleistet werden muss, dass unverzüglich von der Beschwerde Kenntnis genommen und geprüft wird, ob der in der Beschwerde gemeldete Inhalt rechtswidrig ist. Offensichtlich rechtswidrige Inhalte sollen demnach innerhalb von 24 Stunden nach Eingang der Beschwerde entfernt oder gesperrt werden, § 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG. Sonstige rechtswidrige Inhalte sind gem. § 3 Abs. 2 Nr. 3 NetzDG unverzüglich, in der Regel innerhalb von sieben Tagen nach Eingang der Beschwerde zu entfernen bzw. zu sperren. Das NetzDG setzt damit für den Zeitablauf bereits beim Eingang der Beschwerde und demnach möglicherweise noch vor der nach der ECRL beschriebenen Kenntnis von der Rechtswidrigkeit an, die eine Auswertung der Beschwerde – falls nur auf diesem Wege die mögliche Rechts-

880 Ausf. zur Bedeutung des Art. 14 ECRL und seiner Auslegung durch den EuGH *Cole/Etteldorf/Ulrich*, Cross-border Dissemination of Online Content, S. 183 ff.

881 *Liesching* in Spindler/Schmitz, § 1 NetzDG, Rn. 20.

882 *Cole/Etteldorf/Ulrich*, Cross-border Dissemination of Online Content, S. 188 ff.; *Nölscher* in: ZUM 2020, 301 (302).

widrigkeit angezeigt wurde – voraussetzt. Teilweise wird hierfür angenommen, dass Art. 14 ECRL die Mitgliedsstaaten zur Ausformung eines effektiven Verfahrens ermächtigt. Mitgliedstaatliche Regelungen zur Zeitspanne zwischen Beschwerdeeingang und Kenntnisaufnahme, wie explizit vom NetzDG aufgestellt, seien daher europarechtskonform.⁸⁸³ Kritisiert wird jedoch teilweise die Bearbeitungsfrist ab Beschwerdeeingang. Diese könnte zu einer ordnungsrechtlichen Verantwortlichkeit des Diensteanbieters in Form von Bußgeldern nach § 4 Abs. 1 Nr. 3 NetzDG führen, wenn eine Beschwerde zwar eingegangen, aber noch keine konkrete Kenntnis von der Rechtswidrigkeit erreicht ist. Da Art. 14 ECRL an die Kenntnisaufnahme anknüpft, könnte darin eine Begrenzung einer ordnungsrechtlichen Verantwortlichkeit für den vorhergehenden Zeitraum liegen.

Zudem wird die kurz bemessene Frist zur Reaktion durch die Diensteanbieter im Falle der „offensichtlich rechtswidrigen Inhalte“ als strenger als die europäische Vorgabe gesehen.⁸⁸⁴ Dem wird jedoch entgegen gehalten, dass die 24-stündige Bearbeitungsfrist für solche Inhalte, bei denen sich die Rechtswidrigkeit unmittelbar aufdrängt, angemessen lang ist und somit die widerstreitenden Ziele der E-Commerce-RL dadurch in Einklang gebracht und ein Schutz der kollidierenden Rechtsgüter bei der Nutzung moderner Kommunikationswege möglich gemacht wird. Danach sei auch die Problematik des vorgezogenen Fristbeginns durch eine europarechtskonforme Auslegung im Rahmen der Sanktionsanordnung mit dem Unionsrecht in Einklang zu bringen. Es wird argumentiert, dass das NetzDG die Bearbeitung von Beschwerden beschleunige, nicht aber die in der ECRL festgelegte Verantwortlichkeit beseitige.⁸⁸⁵

Das Spannungsverhältnis zwischen solchen Regelungen, die die Verantwortung von Diensteanbietern wie soziale Netzwerke betreffen, wird in der Literatur somit zumindest als lösbar betrachtet.

883 Nölscher in: ZUM 2020, 301, 302. Zwar nicht auf die Fragen der Verfassungsmäßigkeit und Europarechtskonformität eingehend, aber das NetzDG auch vor einem europarechtlichen Hintergrund skizzierend und bewertend vgl. insbesondere Eifert u.a., Evaluation des NetzDG.

884 Spindler in: ZUM 2017, 473, 479.

885 In diese Richtung argumentiert Nölscher in: ZUM 2020, 301, 304. Vgl. zum Diskussionsstand insbesondere Eifert u.a., Evaluation des NetzDG, S. 9, m.w.N. Eifert u.a. verweisen insbesondere darauf, dass es bei der Frage nach einer möglichen Abweichung von Art. 14 ECRL auch stark darauf ankommt, welche Anforderungen nach dem NetzDG an die Beschwerde zu stellen sind.

b. Exkurs: Konfliktlagen bei ähnlichen Regelungen in anderen Staaten

Ein vergleichbares Konfliktpotenzial zwischen widerstreitenden Interessen zeigt sich nicht nur beim deutschen NetzDG, sondern auch bei Regelungsansätzen mit einer vergleichbaren Stoßrichtung in anderen Staaten.⁸⁸⁶

Der französische Verfassungsrat ordnete in einer Entscheidung vom 18. Juni 2020⁸⁸⁷ bestimmte Passagen des dann verkündeten Gesetzes Nr. 2020–766 vom 24. Juni 2020 zur Bekämpfung von Hassinhalten im Internet⁸⁸⁸ als verfassungswidrig ein. Der vorgesehene Art. 1 Abs. I des Gesetzes, das deutliche Parallelen zum deutschen NetzDG aufweist, gehörte dazu. Das Gesetz ermächtigt Verwaltungsbehörden, von Hosts oder Herausgebern eines Online-Kommunikationsdienstes zu verlangen, bestimmte terroristische oder kinderpornografische Inhalte zu entfernen. Im Falle der Nichteinhaltung dieser Verpflichtung ist die Anwendung einer Strafe von einem Jahr Freiheitsentzug und einer Geldstrafe von 250.000 Euro vorgesehen. Der Verfassungsrat begründete seine Entscheidung damit, dass die Feststellung der Rechtswidrigkeit des fraglichen Inhalts nicht auf seinem offenkundigen Charakter beruhe, sondern allein der Beurteilung durch die Verwaltung unterliege. Zudem gäbe es keine ausreichenden Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Entfernungsanordnungen.⁸⁸⁹

Der Verfassungsrat erklärte weiterhin Art. 1 Abs. II des Gesetzes für verfassungswidrig, der bestimmte Betreiber von Online-Plattformen unter Androhung strafrechtlicher Sanktionen verpflichten sollte, innerhalb von 24 Stunden offensichtlich illegale Inhalte wegen ihres hasserfüllten oder sexuellen Charakters zu entfernen oder unzugänglich zu machen. Die Verpflichtung hätte weder einer vorherigen gerichtlichen Intervention noch anderen Bedingungen unterlegen. Es sei daher Sache des Betreibers, alle ihm gemeldeten Inhalte, auch wenn dies in großem Umfang geschehe, zu prüfen, um das Risiko strafrechtlicher Sanktionen zu vermeiden. Die Verpflichtung der Betreiber von Online-Plattformen, der Aufforderung zur Löschung oder Sperrung innerhalb von 24 Stunden nachzukommen, sei zudem angesichts der Schwierigkeiten bei der Beurteilung der offensichtli-

886 Neben den hier kurz beleuchteten Staaten kann als weiteres Beispiel der Regelungsansatz Österreichs genannt werden, vgl. dazu bereits Abschnitt B.I.5.g und Fn. 93.

887 Entscheidung n° 2020–801 DC vom 18.6.2020, abrufbar in französischer Sprache unter: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020801DC.htm>.

888 Loi n° 2020–766 aaO (Fn. 631).

889 Ukrow, Frankreich: Verfassungsgericht zum „französischen NetzDG“, MMR Aktuell, Ausgabe 14/2020 vom 25. August 2020.

chen Rechtswidrigkeit der gemeldeten Inhalte und der Gefahr zahlreicher, möglicherweise unbegründeter Meldungen besonders kurz.

In einer Gesamtschau kommt der Verfassungsrat zum Schluss, dass die angefochtenen Bestimmungen des Gesetzes angesichts der Schwierigkeiten bei der Beurteilung der offensichtlichen Rechtswidrigkeit der gemeldeten Inhalte, der ab dem ersten Verstoß verhängten Strafe und des Fehlens eines konkreten Grundes für eine Haftungsbefreiung die Betreiber von Online-Plattformen dazu ermutigen könnten, die ihnen gemeldeten Inhalte zu löschen oder zu sperren, unabhängig davon, ob sie tatsächlich offensichtlich rechtswidrig sind oder nicht.⁸⁹⁰ Aus Sicht des Verfassungsrates beeinträchtigte diese Bestimmung daher die Ausübung der Meinungs- und Kommunikationsfreiheit in einer Weise, die nicht angemessen, notwendig und verhältnismäßig im Hinblick auf das verfolgte Ziel war.

Auch außerhalb der EU sind ähnliche Gesetzesvorhaben zu betrachten, wobei im hier vorgestellten Beispiel durch die Ausgestaltung das Spannungsverhältnis und die schwierige Abwägung zwischen freier Meinungsäußerung und effektivem Rechtsgüterschutz noch deutlicher wird. In einem Eilverfahren ohne Anhörung von Interessengruppen verabschiedete das türkische Parlament am 29. Juli 2020 ein Gesetz zur Kontrolle sozialer Medien⁸⁹¹, dessen Regelungen am 1. Oktober 2020 in Kraft getreten sind. Das Gesetz bezweckt nach seiner Begründung die Bekämpfung von Hassrede und Belästigungen im Internet. Nach dem Gesetz, bei dessen Entstehung auf vermeintliche Bezüge zum NetzDG hingewiesen wurde, müssen alle sozialen Netzwerke mit mehr als zwei Millionen täglichen Nutzern einen lokalen Vertreter in der Türkei benennen. Diese lokalen Vertreter der Unternehmen werden verpflichtet auf Anfragen der Regierung zur Sperrung oder Entfernung von Inhalten zu reagieren.⁸⁹² Wenn ein Gerichtsbeschluss vorliegt und „Persönlichkeitsrechte“ oder die „Privatsphäre“ verletzt sind, müssen sie die Inhalte innerhalb von 48 Stunden entfernen. Netzwerken, die dagegen verstoßen, können Werbeverbote und Geldbußen auferlegt werden. Zukünftig können Richter zudem die Internet-

890 Zu einer Bewertung der Gefahren des NetzDG für das sog. Over-Blocking vgl. *Eifert u.a.*, Evaluation des NetzDG, S. 51 f.

891 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, Kanun No. 7253, Kabul Tarihi: 29/7/2020, abrufbar in türkischer Sprache unter <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/07/20200731-1.htm>.

892 Vgl. zu bisherigen Regulierungsansätzen in der Türkei bezüglich online verfügbarer Inhalte *Keser* in: Cappello (Hrsg.), Medienrechtsdurchsetzung ohne Grenzen, S. 91, 100 f.

Provider anweisen, die Bandbreite von sozialen Netzwerken um bis zu 90 Prozent zu drosseln, wodurch der Zugang zu diesen Seiten praktisch blockiert wäre. Das Gesetz enthält darüber hinaus Bestimmungen, die die sozialen Netzwerke dazu verpflichten, die Daten der Nutzer lokal zu speichern. Anbieter können verpflichtet werden, diese Daten an türkische Behörden weiterzuleiten.⁸⁹³

Dieses Gesetz wird insbesondere wegen der Einleitung möglicher Sperren und die Überwachung durch staatliche Stellen kritisiert und es wird befürchtet, dass ein *chilling effect* auf die Wahrnehmung der Kommunikationsfreiheiten durch türkische Social-Media-Nutzer ausgehen könnte. In den vergangenen Jahren waren die traditionellen Print- und Rundfunkmedien in der Türkei bereits zunehmend unter staatlichen Druck geraten.⁸⁹⁴ Daher werden soziale Medien und kleinere Onlinenachrichtenportale häufiger für unabhängige Nachrichten genutzt.⁸⁹⁵ Inwieweit das Gesetz einer gerichtlichen Überprüfung standhält, wird sich noch zeigen müssen.

c. Die urheberrechtliche freie Benutzung nach § 24 UrhG und die abschließende Harmonisierung

Ein weiteres Beispiel für mögliche Spannungsverhältnisse der Regulierung des Mediensektors mit EU-Recht hat sich im vergangenen Jahr im Bereich des Urheberrechts gezeigt. Dort stellte sich die Frage, wie weit bestimmte im nationalen Recht anerkannte Rechtsfiguren in abschließend harmonisierte Bereiche des europäischen Rechtsrahmens zum Urheberrecht fallen.

Mit Urteil vom 29. Juli 2019⁸⁹⁶ hatte der EuGH in seinem „Sampling-Urteil“ entschieden, dass § 24 des deutschen Urheberrechtsgesetzes (UrhG) europarechtswidrig ist. Die Vorschrift gestattete die Verwertung und Veröffentlichung eines anderen Werkes durch ein selbständiges Werk, das in

893 Ukrow, Türkei: Gesetz zur Kontrolle sozialer Medien verabschiedet, MMR Aktuell, Ausgabe 15/2020 vom 9. September 2020.

894 Vgl. Keser in: Cappello (Hrsg.), Medienrechtsdurchsetzung ohne Grenzen, S. 91 ff.

895 Siehe auch netzpolitik.org, Türkisches Internet-Gesetz – Die bislang schlimmste Kopie des deutschen Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (05.08.2020), abrufbar unter: <https://netzpolitik.org/2020/tuerkisches-internet-gesetz-die-bislang-schlimmst-e-kopie-des-deutschen-netzwerkdurchsetzungsgesetzes/#vorschaltbanner>.

896 EuGH, Rs. C-476/17, *Pelham GmbH u. a. / Ralf Hütter und Florian Schneider-Esleben*.

freier Benutzung dieses Werkes eines anderen geschaffen worden ist.⁸⁹⁷ Das Rechtsinstitut der freien Benutzung war im deutschen Urheberrecht verankert mit dem Ziel – gleichsam wie eine den Schutzgegenstand begrenzende Generalklausel –, die ausschließlichen Rechte und Interessen des Urhebers, nur selbst über die Nutzung seines Werkes entscheiden, mit den kulturellen Interessen der Allgemeinheit in Einklang zu bringen.⁸⁹⁸ Der Gerichtshof nahm allerdings an, dass die Wirksamkeit der durch die Urheberrechtsrichtlinie bewirkten Harmonisierung des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte sowie das mit ihr verfolgte Ziel der Rechtssicherheit gefährdet sei, wenn jedem Mitgliedstaat ungeachtet des ausdrücklichen Willens des Unionsrechtsetzungsorgane gestattet würde, außerhalb der in Art. 5 Richtlinie 2001/29/EG vorgesehenen Ausnahmen und Beschränkungen Abweichungen von den ausschließlichen Rechten des Urhebers aus den Art. 2 bis 4 dieser Richtlinie vorzusehen.⁸⁹⁹

§ 24 UrhG, der in seiner praktischen Anwendung über die Nutzung von Werken zum Zwecke von Karikaturen, Parodien oder Pastiches, die zwar im europäischen Rechtsrahmen aufgeführt, nicht aber im deutschen Schrankensystem umgesetzt sind⁹⁰⁰, hinaus geht, wurde damit aus Sicht des EuGH als gesetzliche Schranke aufgefasst, die nicht im abschließenden Katalog des Art. 5 Richtlinie 2001/29/EG vorgesehen ist. Aus deutscher Sicht wurde freie Benutzung zuvor hingegen an der Grenze zum Bearbeitungsrecht verortet (systematisch angelehnt an § 23 UrhG), welches im Gegensatz zum Schranken-katalog des europäischen Urheberrechts noch keine umfassende Harmonisierung erfahren hat.⁹⁰¹ Eine allein auf mitgliedstaatlicher Ebene bestehende urheberrechtliche Rechtsfigur hätte somit in der Systematik zur Mindest- und Maximalharmonisierung des europä-

897 Vgl. zum Urteil *Frenz* in: DVBl. 2019, 1471, 1471 ff.; *Hieber* in: ZUM 2019, 738, 738 ff, insbesondere 747 f. in Bezug auf § 24 UrhG. Auf das Bearbeitungsrecht vor dem Hintergrund der Urteile des EuGH (Rs. C-476/17) und des BGH (Az. I ZR 115/16) eingehend auch *Döhl* in: UFITA 2020, 236, 236 ff.

898 *Schulze* in Dreier/Schulze, § 24 UrhG, Rn. 1.

899 EuGH, aaO (Fn. 899), Rn. 66.

900 Der Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, Stand: 24. Juni 2020, sieht eine explizite Regelung der Schranken für Karikaturen, Parodien und Pastiches in § 51 a UrhG-E vor, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

901 *Schulze* in Dreier/Schulze, § 24 UrhG, Rn. 1.

ischen Rechtsrahmens bestehen können.⁹⁰² Der deutsche Gesetzgeber hat mittlerweile die Doppelfunktion des § 24 UrhG eingeräumt, wonach dieser zum einen den Schutzbereich für bestehende Werke begrenzt, zum anderen allerdings auch als Schranke des Urheberrechts fungiert. Mit der Einfügung der Schutzbereichsbegrenzung im Bereich des § 23 UrhG sowie der künftigen expliziten Aufnahme der in Art. 5 der Urheberrechtsrichtlinie genannten Ausnahmen in den deutschen Schrankenkatolog, soll diese Doppelfunktion gelöst werden.⁹⁰³

Interessant ist die vorgenannte Problematik insbesondere im Hinblick auf die geplanten deutschen Regelungen zur Verantwortlichkeit von Upload-Plattformen im Rahmen des Entwurfs eines Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetzes (UrhDaG-E)⁹⁰⁴, die eine gesetzliche Erlaubnis für nicht-kommerzielle Bagatellnutzungen vorsieht. Auch hiergegen wurde bereits Kritik vorgebracht, der vollharmonisierende Charakter des europäischen Urheberrechts würde einer solchen Lösung entgegenstehen.⁹⁰⁵ Das Bundesjustizministerium ist hingegen der Auffassung, dass Artikel 17 DSM-Richtlinie ein neuartiges Haftungssystem etabliert, welches über das bestehende europäische Urheberrecht hinausgeht. Daher sei es zulässig, in diesem beschränkten Bereich der Nutzung von Werken auf Upload-Plattformen neue gesetzliche Erlaubnisse zu formulieren.⁹⁰⁶

902 Hierzu siehe auch Summaries of EU Legislation, Richtlinien der Europäischen Union, Art. 288 AEUV, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l14527&from=DE>.

903 Begründung des Entwurfs eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, Stand: 24. Juni 2020, S. 44.

904 Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, aaO (Fn. 903).

905 So beispielsweise in der Stellungnahme von Bertelsmann im Rahmen der öffentlichen Konsultation zur Umsetzung der EU-Richtlinien im Urheberrecht (DSM-Richtlinie und Online-SatCab-Richtlinie) zu lesen, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Download/s/090619_Stellungnahme_Bertelsmann_EU-Richtlinien_Urheberrecht.pdf?__blob=publicationFile&cv=2.

906 FAQ zum Diskussionsentwurf zur Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinien (EU) 789/2019 („Online-SatCab-Richtlinie“) und (EU) 790/2019 („DSM-Richtlinie“), 24.6.2020, S. 3, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt_FAQ.pdf?__blob=publicationFile&cv=1.