
Anforderungen an
geschlossene Benutzergruppen
nach § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV

– Auslegung des Merkmals „Sicherstellen“

Gutachtliche Stellungnahme
im Auftrag der Coolspot AG

in der um wettbewerbsrechtliche
Fragestellungen erweiterten Fassung

vom 11.08.2004

Dr. Marc Liesching

Gutachtauftrag

Die Coolspot AG bittet um eine gutachtliche Stellungnahme, welche Anforderungen an geschlossene Benutzergruppen im Hinblick auf das Merkmal des „Sicherstellens“ in § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV zu stellen sind, wobei insbesondere eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den von Prof. *Dr. Sieber* („Gutachten zu den Anforderungen an geschlossene Benutzergruppen“) sowie von Prof. *Dr. Schumann* („Die Auslegung des Merkmals »Sicherstellen« in § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV“) erstellten Gutachten erfolgen soll. Weiterhin wird um eine kurze Bewertung des Altersverifikationssystems „ueber18.de“, aufgrund nachträglicher Anfrage vom 08.08.2004, auch hinsichtlich des Vorliegens eines Wettbewerbsverstoßes nach den §§ 3, 4 UWG gebeten.

Inhaltsübersicht

I. Gesetzliche Grundlagen	4
1. § 4 JMStV [Unzulässige Angebote].....	4
2. § 5 JMStV [Entwicklungsbeeinträchtigende Angebote]	4
3. § 1 Abs. 4 JuSchG [Versandhandel].....	5
4. § 184c StGB.....	5
II. Auslegung des Merkmals des „Sicherstellens“ in § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV	5
1. Wortlautauslegung	5
2. Auslegung anhand der Amtlichen Begründung des Gesetzgebers	7
3. Systematische Auslegung.....	7
a) Heranziehung des § 5 JMStV.....	7
b) Heranziehung des § 1 Abs. 4 JuSchG	8
c) Heranziehung des § 184c StGB.....	9
4. Auslegung des Merkmals „Sicherstellen“ anhand bisher ergangener Rechtsprechung zu § 184 StGB	10
a) Rechtsprechung zu Offline-Medien	10
a) Rechtsprechung zu Online-Medien	12
5. Verfassungsrechtliche Auslegung.....	16
a) Einschränkung der Informationsfreiheit durch Jugendschutz.....	16
b) Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers.....	16
c) Berücksichtigung des Pornografiebegriffs.....	17
6. Ergebnis.....	17
III. Beurteilung des AVS „ueber18.de“	18
1. Evidentes Zurückbleiben hinter Mindestanforderungen.....	18
2. Wettbewerbsverstoß nach den §§ 3, 4 Nr. 11 UWG.....	18
IV. Gesamtergebnis	20

I. Gesetzliche Grundlagen

1. § 4 JMStV [Unzulässige Angebote]

(1) Unbeschadet strafrechtlicher Verantwortlichkeit sind Angebote unzulässig, wenn sie

1. Propagandamittel im Sinne des § 86 des Strafgesetzbuches darstellen, deren Inhalt gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung gerichtet ist,
2. Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen im Sinne des § 86a des Strafgesetzbuches verwenden,
3. zum Hass gegen Teile der Bevölkerung oder gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe aufstacheln, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordern oder die Menschenwürde anderer dadurch angreifen, dass Teile der Bevölkerung oder eine vorbezeichnete Gruppe beschimpft, böswillig verächtlich gemacht oder verleumdet werden,
4. eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 6 Abs.1 und § 7 Abs.1 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, leugnen oder verharmlosen,
5. grausame oder sonst unmenschliche Gewalttätigkeiten gegen Menschen in einer Art schildern, die eine Verherrlichung oder Verharmlosung solcher Gewalttätigkeiten ausdrückt oder die das Grausame oder Unmenschliche des Vorgangs in einer die Menschenwürde verletzenden Weise darstellt; dies gilt auch bei virtuellen Darstellungen,
6. als Anleitung zu einer in § 126 Abs.1 des Strafgesetzbuches genannten rechtswidrigen Tat dienen,
7. den Krieg verherrlichen,
8. gegen die Menschenwürde verstoßen, insbesondere durch die Darstellung von Menschen, die sterben oder schweren körperlichen oder seelischen Leiden ausgesetzt sind oder waren, wobei ein tatsächliches Geschehen wiedergegeben wird, ohne dass ein berechtigtes Interesse gerade für diese Form der Darstellung oder Berichterstattung vorliegt; eine Einwilligung ist unbeachtlich,
9. Kinder oder Jugendliche in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung darstellen; dies gilt auch bei virtuellen Darstellungen,
10. pornografisch sind und Gewalttätigkeiten, den sexuellen Missbrauch von Kindern oder Jugendlichen oder sexuelle Handlungen von Menschen mit Tieren zum Gegenstand haben; dies gilt auch bei virtuellen Darstellungen, oder
11. in den Teilen B und D der Liste nach § 18 des Jugendschutzgesetzes aufgenommen sind oder mit einem in dieser Liste aufgenommenen Werk ganz oder im Wesentlichen inhaltsgleich sind.

In den Fällen der Nummern 1 bis 4 und 6 gilt § 86 Abs. 3 des Strafgesetzbuches, im Falle der Nummer 5 § 131 Abs. 3 des Strafgesetzbuches entsprechend.

(2) **Unbeschadet strafrechtlicher Verantwortlichkeit sind Angebote ferner unzulässig, wenn sie**

1. in sonstiger Weise **pornografisch sind**,
2. in den Teilen A und C der Liste nach § 18 des Jugendschutzgesetzes aufgenommen sind oder mit einem in dieser Liste aufgenommenen Werk ganz oder im Wesentlichen inhaltsgleich sind, oder
3. offensichtlich geeignet sind, die Entwicklung von Kindern und Jugendlichen oder ihre Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit unter Berücksichtigung der besonderen Wirkungsform des Verbreitungsmediums schwer zu gefährden.

In Telemedien sind Angebote abweichend von Satz 1 zulässig, wenn von Seiten des Anbieters sichergestellt ist, dass sie nur Erwachsenen zugänglich gemacht werden (geschlossene Benutzergruppe).

(3) Nach Aufnahme eines Angebotes in die Liste nach § 18 des Jugendschutzgesetzes wirken die Verbote nach Absatz 1 und 2 auch nach wesentlichen inhaltlichen Veränderungen bis zu einer Entscheidung durch die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien.

2. § 5 JMStV [Entwicklungsbeeinträchtigende Angebote]

(1) Sofern Anbieter Angebote, die geeignet sind, die Entwicklung von Kindern oder Jugendlichen zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu beeinträchtigen, verbreiten oder zugänglich machen, haben sie dafür Sorge zu tragen, dass Kinder oder Jugendliche der betroffenen Altersstufen sie üblicherweise nicht wahrnehmen.

(2) Bei Angeboten wird die Eignung zur Beeinträchtigung der Entwicklung im Sinne von Absatz 1 vermutet, wenn sie nach dem Jugendschutzgesetz für Kinder oder Jugendliche der jeweiligen Altersstufe nicht freigegeben sind. Satz 1 gilt entsprechend für Angebote, die mit dem bewerteten Angebot im Wesentlichen inhaltsgleich sind.

(3) Der Anbieter kann seiner Pflicht aus Absatz 1 dadurch entsprechen, dass er

1. durch technische oder sonstige Mittel die Wahrnehmung des Angebots durch Kinder oder Jugendliche der betroffenen Altersstufe unmöglich macht oder wesentlich erschwert oder

2. die Zeit, in der die Angebote verbreitet oder zugänglich gemacht werden, so wählt, dass Kinder oder Jugendliche der betroffenen Altersstufe üblicherweise die Angebote nicht wahrnehmen.

(4) Ist eine entwicklungsbeeinträchtigende Wirkung im Sinne von Absatz 1 auf Kinder oder Jugendliche anzunehmen, erfüllt der Anbieter seine Verpflichtung nach Absatz 1, wenn das Angebot nur zwischen 23 Uhr und 6 Uhr verbreitet oder zugänglich gemacht wird. Gleiches gilt, wenn eine entwicklungsbeeinträchtigende Wirkung auf Kinder oder Jugendliche unter 16 Jahren zu befürchten ist, wenn das Angebot nur zwischen 22 Uhr und 6 Uhr verbreitet oder zugänglich gemacht wird. Bei Filmen, die nach §14 Abs.2 des Jugendschutzgesetzes unter 12 Jahren nicht freigegeben sind, ist bei der Wahl der Sendezeit dem Wohl jüngerer Kinder Rechnung zu tragen.

(5) Ist eine entwicklungsbeeinträchtigende Wirkung im Sinne von Absatz 1 nur auf Kinder zu befürchten, erfüllt der Anbieter von Telemedien seine Verpflichtung nach Absatz 1, wenn das Angebot getrennt von für Kinder bestimmten Angeboten verbreitet wird oder abrufbar ist.

(6) Absatz 1 gilt nicht für Nachrichtensendungen, Sendungen zum politischen Zeitgeschehen im Rundfunk und vergleichbare Angebote bei Telemedien, soweit ein berechtigtes Interesse gerade an dieser Form der Darstellung oder Berichterstattung vorliegt.

3. § 1 Abs. 4 JuSchG [Versandhandel]

(4) Versandhandel im Sinne dieses Gesetzes ist jedes entgeltliche Geschäft, das im Wege der Bestellung und Übersendung einer Ware durch Postversand oder elektronischen Versand ohne persönlichen Kontakt zwischen Lieferant und Besteller oder ohne dass durch technische oder sonstige Vorkehrungen sichergestellt ist, dass kein Versand an Kinder und Jugendliche erfolgt, vollzogen wird.

4. § 184c StGB

Nach den §§ 184 bis 184b wird auch bestraft, wer eine pornographische Darbietung durch Rundfunk, Medien- oder Teledienste verbreitet. In den Fällen des § 184 Abs. 1 ist Satz 1 bei einer Verbreitung durch Medien- oder Teledienste nicht anzuwenden, **wenn durch technische oder sonstige Vorkehrungen sichergestellt ist, dass die pornographische Darbietung Personen unter achtzehn Jahren nicht zugänglich ist.**

II. Auslegung des Merkmals des „Sicherstellens“ in § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV

1. Wortlautauslegung

Der in § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV verwandte Terminus des Sicherstellens legt nach seinem Wortlaut zunächst nahe, dass der Zugang Minderjähriger nicht nur zu einem bestimmten Grad der Wahrscheinlichkeit, sondern eben „sicher“ ausgeschlossen werden soll. Sicherstellen bedeutet also, „dafür sorgen, dass etwas nicht gefährdet wird“.¹ Vom Wortsinn her muss also eigentlich ein 100%er und „ohne jede Ausnahme“ gewährleisteter Zugangsschutz gegeben sein.² Auch *Schumann* erkennt dies in seinem jüngst veröffentlichten Gutachten im Auftrag des IVNM vom 15.6.2004 ausdrücklich an, und weist im Weiteren zutreffend darauf hin, dass sich indes eine absolute Sicherheit auf keinem Gebiet herstellen lasse.³ Ist letzteres auch vermutlich zutreffend, so ergibt sich doch gleichwohl aus dem Postulat der Sicherstellung, dass unterhalb des 100%igen Schutzes nicht irgendein Niveau ausreichend sein kann, sondern vielmehr das größtmögliche Maß an Sicherheit zu gewährleisten ist. Deshalb wird in

1 So Duden, Bedeutungswörterbuch, Band 10, 2.Auf. 1985.

2 So auch *Schumann*, Gutachten im Auftrag des IVNM, 2004, S. 13.

3 *Schumann*, Gutachten im Auftrag des IVNM, 2004, S. 13.

der Rechtsliteratur bei § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV auch einhellig eine „nahezu absolute Sicherheit“ verlangt.⁴

Demgegenüber leitet *Schumann* offenbar aus dem Umstand der (von ihm unterstellten) faktischen Nichterreichbarkeit eines vollumfänglichen Schutzes Minderjähriger vor pornografischen Inhalten auf deutschen Internetseiten die Möglichkeit ab, dass grundsätzlich das Schutzniveau unterhalb der absoluten „Sicherheitsgrenze“ beliebig sei. Dies ist aber mit dem Wortsinn des „Sicheren“ gerade nicht vereinbar. Vielmehr ist ein Sicherstellen nur im Bereich eines größtmöglich gewährleisteten Zugangsausschlusses Minderjähriger zu sehen. Dies ergibt sich im Übrigen weiterhin daraus, dass der Gesetzgeber den Begriff des Sicherstellens auch in anderen Regelungsbereichen verwendet, in denen überragende Schutzgüter „gesichert“ werden müssen. So intendiert etwa das „Wassersicherstellungsgesetz“ [BGBl I (1965), 1225, 1817; zuletzt geändert durch G v. 3.12.2001 (BGBl. I 3306)] die „Sicherstellung“ des lebensnotwendigen Bedarfs der Bevölkerung an Trinkwasser. Auch hier ist augenscheinlich, dass der Terminus der Sicherstellung seinem Wortsinn nach nicht irgendwelche Vorkehrungen zur Zweckerreichung genügen lässt, sondern nur solche, die einer 100%igen Verwirklichung des Normziels am nächsten kommen.

Soweit *Schumann* in seinem Gutachten mehrfach die Vermutung äußert, die herrschende Literaturmeinung sei „von der Idee geprägt, den jeweils jüngsten Technikstand zum rechtlichen Maßstab zu nehmen“,⁵ kann dies im erläuterten Sinne auch als zutreffend bestätigt werden. Werden im Rahmen des technischen Fortschritts Schutzsysteme entwickelt, welche gegenüber vormaligen Modellen die faktische Möglichkeit des Zugangsausschlusses Minderjähriger weiter erhöhen und damit dem Merkmal „Sicherstellen“ besser im Rahmen des faktisch Möglichen entsprechen, so kann gerade nur die Berücksichtigung der möglichen Technikstandards dem „rechtlichen Maßstab“ des „Sicherstellens“ Rechnung tragen. Der Gesetzgeber akzeptiert diese „Technikoffenheit“ im Übrigen an anderer Stelle sogar ausdrücklich, soweit er im Rahmen der Anerkennung von technischen Jugendschutzprogrammen nach § 11 JMStV eine Befristung mit der Begründung erforderlich hält, „weil diese Angebote in ständiger Weiterentwicklung sind und damit die KJM nicht nur auf den Weg über den Widerruf oder die Rücknahme der Anerkennung [von Jugendschutzprogrammen, Anm. d. Verf.] verwiesen sein soll, um einer etwaigen Weiterentwicklung Rechnung zu tragen, sondern einen festen Überprüfungszeitraum hat, zu dem sie ein nach ihrer Ansicht nicht mehr geeignetes Programm nicht weiter lizenziert“.⁶ Insoweit übersieht *Schumann* auch völlig, dass *Sieber* in seinem Gutachten zu den Anforderungen an AV-Systeme gerade nicht seine frühere Rechtsansicht⁷ „aufgibt“, da er sich in den offenbar mehr als 4 Jahre zurückliegenden Ausführungen lediglich auf die damals aktuelle technische Situation bezieht und im Übrigen deutlich darauf hinweist, dass die dort angestellten rechtlichen Überlegungen aufgrund der bis dato im Internet-Bereich fehlenden Rechtsprechung keinesfalls als gesichert gelten können. Gerade die neuere Rechtsprechung zu technischen Altersverifikationssystemen berücksichtigt *Sieber* nunmehr umfassend und – wie unten zu zeigen sein wird – zutreffend in seinem aktuellen Gutachten vom 25.11.2003. Zudem beziehen sich vormalige Äußerungen des Gutachters *Sieber* nicht auf § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV sondern auf die vormalig geltende Rechtslage.

4 Dies erkennt auch *Schumann*, Gutachten im Auftrag des IVNM, 2004, S. 13 unter Verweis auf *Sieber*, Gutachten S. 21 und *Bornemann*, NJW 2003, 787, 789.

5 So *Schumann*, Gutachten im Auftrag des IVNM, 2004, S. 11.

6 Vgl. Bayer. LT-Drs. 14/10246, S. 20.

7 Vgl. *Sieber*, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimediarrecht Teil 19, Rn. 613 ff.

Festzuhalten bleibt damit, dass das Merkmal des Sicherstellens nach seinem Wortsinn zwar einen 100%en Zugangsausschluss intendiert; da dieser aufgrund der bestehenden technischen Möglichkeiten bei Altersverifikationssystemen nicht erreichbar ist, postuliert die Vorschrift nach ihre Wortlaut doch zumindest die größtmögliche (technisch realisierbare) Minimierung von Zugangsmöglichkeiten Minderjähriger.

2. Auslegung anhand der Amtlichen Begründung des Gesetzgebers

Die Amtliche Begründung zu § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV vermag nur wenig zur Auslegung des Merkmals „Sicherstellen“ beizutragen. Dort wird lediglich der Gesetzeswortlaut im Wesentlichen wiederholt sowie im Weiteren ausgeführt, dass ein „verlässliches Altersverifikationssystem die Verbreitung an oder den Zugriff durch Minderjährige“ hindert.⁸ Auch der dort verwandte Begriff der Verlässlichkeit weist jedoch darauf hin, dass Umgehungsmöglichkeiten eines Altersverifikationssystems (AVS) weitestgehend ausgeschlossen sein müssen und eine höchstmögliche Sicherheit gewährt werden muss.⁹

3. Systematische Auslegung

a) Heranziehung des § 5 JMStV

Die Vorschrift des § 5 JMStV enthält ebenfalls bestimmte Einschränkungen für die Verbreitung von Angeboten, die zwar nicht unter die strengen Verbote des § 4 JMStV fallen, gleichwohl die Entwicklung von Minderjährigen eines bestimmten Alters beeinträchtigen können. Insoweit bietet sich die Heranziehung der Norm für einen systematischen Vergleich mit § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV an.

Die Pflicht des Anbieters so genannter schlicht entwicklungsbeeinträchtigender Inhalte erschöpft sich auf die Beschränkung seines Angebotes in der Weise, dass Kinder und Jugendliche der betroffenen Altersgruppe(n) es „üblicherweise nicht wahrnehmen“. Nicht erforderlich ist also, dass der Zugang Minderjähriger des in Rede stehenden Alters gänzlich unmöglich gemacht wird, sondern vielmehr nur im „Regelfall“. Dies ist gemäß § 5 Abs. 3 Nr. 1 JMStV anzunehmen, wenn eine wesentliche Zugangerschwerung für Kinder und Jugendliche gegeben ist, also bei Telemedien etwa dann, wenn Minderjährige der jeweils betroffenen Altersstufe mit durchschnittlichen Computerkenntnissen die vom Programm errichteten Hindernisse üblicherweise nicht überwinden können.¹⁰ Ausreichend ist hier also gleichsam eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass Minderjährige die betreffenden Inhalte nicht wahrnehmen, wenngleich in Ausnahmefällen Umgehungs- und Missbrauchsmöglichkeiten bestehen.

Da die in § 4 Abs. 2 JMStV genannten Inhalte, insbesondere die Pornografie, nach der Einschätzung des Gesetzgebers einen wesentlich höheren Gefährdungsgrad aufweisen, als schlicht entwicklungsbeeinträchtigende Inhalte nach § 5 JMStV (z.B. FSK-16 Inhalte), genügt insoweit bei der geschlossenen Benutzergruppe nach § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV gerade nicht die bloß überwiegende Wahrscheinlichkeit eines Zugangsausschlusses im Sinne der Verhinderung, dass Kinder und Jugendliche die Inhalte „üblicherweise wahrnehmen“. Der ohnehin schon eindeutige Wortlaut des „Sicherstellens“ wird hierdurch weiterhin dahinge-

8 Bayer. LT-Drs. 14/10246, S. 17.

9 So wohl auch *Schumann*, Gutachten im Auftrag des IVNM, 2004, S. 13, der lediglich eine 100%e Sicherheit ausschließt.

10 So *Nikles/Roll/Spürck/Umbach*, § 5 JMStV Rn. 9.

hend gestützt, dass bloße AV-Systeme, welche lediglich mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit den Zugang Minderjähriger ausschließen können, gerade nicht ausreichend sein können, sondern vielmehr ein – gemäß den technischen Standards nahezu vollumfänglicher Ausschluss minderjähriger Nutzer gewährleistet werden muss.

Fehl geht demgegenüber die Annahme *Schumanns*, die Vorschrift des § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV trage dem Erfordernis der Einhaltung höherer Anforderungen als bei § 5 JMStV schon dadurch Rechnung, dass hier nur anbieterseitige Schutzvorkehrungen möglich sind, hingegen bei § 5 JMStV genüge, dass der Anbieter lediglich die Voraussetzungen dafür schafft, dass die Nutzer ein Zugangshindernis in Form eines Jugendschutzprogramms installieren können.¹¹ Denn dies allein vermag die Zugangshürde für Kinder und Jugendliche ganz evident nicht zu erhöhen. M.a.W.: Dem minderjährigen Nutzer ist es letztlich gleichgültig, ob ein bestimmtes Schutzsystem vom Anbieter oder einem erwachsenen Nutzer (etwa der Eltern) vor pornografische Telemedien geschaltet wurde. Entscheidend für dessen Zugangsmöglichkeiten sind allein die im jeweiligen AV-System angelegten „Barrieren“. Gerade diese müssen bei § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV jedoch ein wesentlich höheres Zugangsausschlussniveau erreichen („Sicherstellen des Zugangsausschlusses“), als dies bei § 5 JMStV (Hinderung der „üblicherweise“ Wahrnehmung) der Fall ist. Das auch von *Schumann* – allerdings nur im Ansatz – erkannte Erfordernis höherer Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV gegenüber § 5 JMStV bezieht sich also im Kern nicht darauf, dass der Anbieter weniger „Systemumsetzungsmöglichkeiten“ haben darf, sondern vielmehr darauf, dass einem erhöhten Jugendschutzbedürfnis bei schwer gefährdenden Medieninhalten Rechnung getragen wird.

b) Heranziehung des § 1 Abs. 4 JuSchG

Des Weiteren kann grundsätzlich auch die Legaldefinition des § 1 Abs. 4 JuSchG zur Auslegung des Merkmals „Sicherstellen“ in § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV verwandt werden, da der Terminus dort ebenfalls Eingang gefunden hat. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass der Versandhandelsbegriff nur für die Vertriebsverbote des JuSchG gilt, die sich indes nur auf Trägermedien und gerade nicht auf Telemedien beziehen. Der in der Legaldefinition des § 1 Abs. 4 JuSchG verwandte Begriff des „elektronischen Versandes“ geht mithin weitgehend ins Leere, da „elektronisch“ versandte Medieninhalte regelmäßig Telemedien und gerade keine Trägermedien im Sinne des Gesetzes darstellen.

Bereits dies verkennt *Schumann*, soweit er einen vermeintlichen Widerspruch der herrschenden Rechtsliteratur bei dem Vergleich der Anforderungen des § 1 Abs. 4 JuSchG an technische Vorkehrungen mit denen des § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV zu sehen glaubt. Unzutreffend zitiert er namentlich den Gutachtersteller damit, dass „die sich aus § 1 Abs. 4 JuSchG ergebenden technischen Anforderungen an die Sicherstellung des ausschließlichen Erwachsenenzugangs »denen der geschlossenen Benutzergruppe« im Sinne des § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV entsprechen“ sollen¹² und folgert aus dem unvollständigen und dadurch sinnentstellenden Zitat, dass der Gutachtersteller beide Stufen des nach § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV erforderlichen AVS (Identifizierung des Nutzers durch Face-to-Face-Kontrolle und Authentifizierung des Nutzers beim jeweiligen Zugang) übertrage. Vielmehr wird in dem Zitat der in der Kommentierung entscheidende Zusatz unterschlagen, dass sich die Übertragung der Anforderungen des § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV beim Versandhandel nur „hinsichtlich der Alters-

¹¹ So *Schumann*, Gutachten im Auftrag des IVNM, 2004, S. 15.

¹² So *Schumann*, Gutachten im Auftrag des IVNM, 2004, S. 9 unter Verweis auf *Scholz/Liesching*, Jugendschutz – Kommentar, 4. Aufl. 2004, § 1 JuSchG Rn. 22.

verifikation beim Bestellskunden“, also bei der Erstidentifikation übertragen lässt.¹³ Auch aus den weiteren Ausführungen,¹⁴ welche *Schumann* sodann als Widerspruch deutet, ergibt sich die genannte Einschränkung auf die Erstidentifizierung des Nutzers.

Die insoweit von *Schumann* geäußerte Auffassung, es hätte nahe gelegen, auch die zweite Stufe der Anforderungen an AV-Systeme nach § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV auf den Zugangsausschluss beim Versandhandel zu übertragen, gründet wohl auf dem bereits oben angedeuteten grundlegenden Missverständnis bezüglich des Anwendungsbereichs des „elektronischen Versandhandels“. Offenbar geht *Schumann* davon aus, dass sich beim elektronischen Versand die Gefahr ergeben könnte, „dass bei Email-Zusendung von Seiten des Anbieters an den Nutzer ein missbräuchlicher Zugriff auf die Email durch Minderjährige“ erfolge. Ungeachtet des Umstandes, dass dieser vermeintlichen Gefahr das weiterhin von *Schumann* für hinreichend erachtete AVS „ueber18.de“ in keiner Weise Rechnung trägt, stellt sich diese Gefahrenlage beim Versandhandel im Sinne des JuSchG gerade nicht. Wie bereits ausgeführt, stellen die von *Schumann* beispielhaft aufgeführte „Email-Zusendung“ sowie sonstiger „elektronischer Versand“ Telemedien im Sinne des § 1 Abs. 3 JuSchG dar, auf die die Versandhandelsverbote des JuSchG von vornherein keine Anwendung finden. Für derartige Inhalte, welche elektronisch versendet werden, gelten vielmehr die Regelungen des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages einschließlich des § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV. Dann aber macht es freilich auch nur Sinn, im Rahmen letzterer Vorschrift eine zweite Sicherheitsstufe bei der Authentifizierung des Zugang begehrenden Nutzers zu fordern.¹⁵

Soweit also die mit der Vertriebsform des Versandhandels nach dem JuSchG einhergehenden Umstände mit denen der Verbreitung von Telemedien im Internet nach dem JMStV überhaupt verglichen werden können, gelten für die Voraussetzungen des „Sicherstellens“ des ausschließlichen Erwachsenenzugangs die selben Maßstäbe, weshalb von der herrschen Rechtsliteratur auch bei § 1 Abs. 4 JuSchG eine Face-to-Face-Kontrolle (auch durch Post-Ident-Verfahren) bei der Identifizierung des Bestellskunden angenommen wird.¹⁶ Bleibt dies auch bei *Schumann* letztlich unwidersprochen, so überrascht dessen Bewertung des AVS „ueber18.de“ als hinreichendes System, obwohl insoweit gerade kein persönlicher Kontakt im Rahmen der Altersverifikation stattfindet.

c) Heranziehung des § 184c StGB

Auch die Heranziehung des § 184c StGB bietet sich zur Bestimmung des Merkmals „Sicherstellen“ in § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV an, als dort eine Anwendung des Strafverbots bei Telemedien und Mediendiensten ausgeschlossen wird, „wenn durch technische oder sonstige Vorkehrungen sichergestellt ist, dass die pornographische Darbietung Personen unter achtzehn Jahren nicht zugänglich ist“. Auch insoweit verwendet der Gesetzgeber also den Begriff des Sicherstellens, auf dessen bereits oben vorgenommene Wortlautauslegung verwiesen werden kann. Allerdings ist bislang zu § 184c StGB noch keine Rechtsprechung ergangen und Ausführungen in der Rechtsliteratur sind nur sehr allgemein gehalten.¹⁷ Immer-

¹³ Vgl. *Scholz/Liesching*, Jugendschutz – Kommentar, 4. Aufl. 2004, § 1 JuSchG Rn. 22.

¹⁴ Vgl. *Scholz/Liesching*, Jugendschutz – Kommentar, 4. Aufl. 2004, § 1 JuSchG Rn. 22: „Da hinsichtlich des postalischen Versendungsaktes eine technische Kontrolle im Rahmen der Zustellung aber nicht denkbar ist, kann davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber die ausschließliche technische Altersverifizierung bei der Bestellung als hinreichende Sicherstellung des Erwachsenenversandes erachtet hat“.

¹⁵ Vgl. ausführl. *Scholz/Liesching*, Jugendschutz – Kommentar, 4. Aufl. 2004, § 1 JuSchG Rn. 22; Liesching in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, J 214 Rn. 19.

¹⁶ Vgl. *Engels/Stulz-Herrnstadt*, AfP 2003, 97, 98 Fn. 14; *Liesching* in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, J 214 Rn. 19 mwN.

¹⁷ Vgl. etwa *Duttge/Hörnle/Renzikowski*, NJW 2004, 1065, 1069.

hin gelangt *Fischer* zu der Auslegung, dass die „Methoden der persönlichen Identifizierung des (erwachsenen) Nutzers und der Rückmeldung in Verbindung mit der Ausgabe von Zugangs-Codes“ die Anforderungen i.d.R. erfüllen.¹⁸

Demgegenüber will *Schumann* in der Formulierung des § 184c StGB einen Hinweis darauf erblicken, dass technische Vorkehrungen keiner persönlichen Alterskontrolle als Teilelement bedürfen, da hiervon weder im Gesetz noch in der amtlichen Begründung die Rede sei.¹⁹ Dies schließt er offenbar aus einer strengen Exklusivität der Alternativen technischer gegenüber sonstiger Mittel. Hierfür gibt der Gesetzeswortlaut indes ebenfalls keine Anhaltspunkte. Denn namentlich formuliert § 184c StGB gerade nicht, dass „nur reine technische“ oder „gänzlich außerhalb des technischen Bereichs“ denkbare Vorkehrungen in Betracht kommen. Die deklaratorische Nennung bestimmter Mittel der Zugangsverhinderung darf den Blick nicht dafür verstellen, dass das vom Gesetzgeber formulierte Normziel auch bei § 184c StGB die „Sicherstellung“ des Ausschlusses des Zugangs Minderjähriger ist. Ist dies indes bei technischen AV-Systemen gemäß der Rechtsprechung²⁰ nur unter der Prämisse möglich, dass die vorherige Ausgabe von Zugangsdaten lediglich bei einer persönlichen Identifizierung zuverlässig gegenüber ausschließlich Erwachsenen erfolgen kann, steht dem der Wortlaut des § 184c StGB wie der des § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV in keiner Weise entgegen.

4. Auslegung des Merkmals „Sicherstellen“ anhand bisher ergangener Rechtsprechung zu § 184 StGB

a) Rechtsprechung zu Offline-Medien

aa) Urteil des OLG Karlsruhe

Im Rahmen der Auseinandersetzung mit der gutachtensgegenständlichen Frage der Anforderungen an technische Altersverifikationssysteme wird häufig die Entscheidung des *OLG Karlsruhe*²¹ im Hinblick auf die Stützung liberaler Ergebnisse herangezogen.²² Ob dies allerdings bei näherer Betrachtung gerechtfertigt ist, erscheint zweifelhaft. Das *OLG Karlsruhe* hat namentlich folgendes festgestellt: „Werden pornographische Schriften, die in Plastikfolien eingeschweißt und in denen die Geschlechtsmerkmale der abgebildeten weiblichen Modelle abgedeckt sind, ausgestellt, so erfüllt das Ausstellen derartiger Schriften *in einem Ladenraum* nicht das Tatbestandsmerkmal des Zugänglichmachens i.S.d. § 184 Abs. 1 Nr. 2 StGB“ (Hervorhebung des Verfassers).²³ Damit erkennt das Gericht nicht etwa das alleinige Einschweißen eines Pornoheftes als hinreichende Sicherung gegen den Zugang minderjähriger Personen an. Vielmehr berücksichtigt das *OLG* in der Entscheidung ausdrücklich, dass „durch die Aufstellung der verpackten Hefte in unmittelbarer Nähe der Kasse (...) gewährleistet ist, daß Jugendliche sie überhaupt [nicht] in die Hand nehmen und aufreißen“ (Einfügung des Verfassers).²⁴ Der im Ladenraum persönlicher Aufsicht des Personals unterworfenen Bereich lässt sich auf AV-Systeme bei Telemedien damit allenfalls dann übertragen, wenn man eine ähnliche personale Kontrolle durch eine Face-to-Face-Kontrolle voraussetzt. Näher liegt jedoch, eine Übertragung des der Entscheidung des *OLG Karlsruhe* zugrunde liegenden Falles auf die Sicherstellung des Zugangsausschlusses nach § 4 Abs. 2 S. 2

18 *Tröndle/Fischer*, StGB – Kommentar, 52. Aufl. § 184c Rn. 7.

19 So *Schumann*, Gutachten S. 30.

20 Vgl. nur *BVerwG* NJW 2002, 2966 ff.; BGHSt 48, 278 = MMR 2003, 582 ff.

21 *OLG Karlsruhe* NJW 1984, 1975 ff.

22 Vgl. *Berger*, MMR 2003, 773 ff.; *Schumann*, aaO. S. 16 ff.

23 *OLG Karlsruhe* NJW 1984, 1975 (Leitsatz).

24 Vgl. *OLG Karlsruhe* NJW 1984, 1975, 1976.

JMStV aus den genannten Gründen abzulehnen, wie dies die Rechtsprechung im Übrigen auch tut.²⁵

Demgegenüber will *Schumann* offenbar gerade das Urteil des *OLG Karlsruhe* für die Auslegung des Merkmals des Sicherstellens in § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV entscheidend zugrunde legen,²⁶ obwohl er an anderer Stelle seines Gutachtens selbst erkennt, dass die Hemmschwelle für einen Missbrauch durch Minderjährige „bei Anwesenheit von Personal größer“ ist als im Falle von Räumen, in denen „nur technische Hindernisse überwunden werden müssen“.²⁷ Weshalb er gleichwohl gerade das im Übrigen vom BGH teilweise ausdrücklich abgelehnte²⁸ Urteil des *OLG Karlsruhe* für die Auslegung des § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV für maßgeblich erachtet und demgegenüber etwa die aktuelle Rechtsprechung des *BGH* zu technischen Zugangsschutzvorkehrungen bei Automatenvideotheken mit pornografischen Trägermedien für nicht übertragbar hält,²⁹ erscheint insbesondere deshalb zweifelhaft, weil gerade hier – wie bei AV-Systemen im Internet – kein Personal bei der Altersverifizierung anwesend ist.

bb) Urteil des BGH zu Automatenvideotheken v. 22.05.2003

Ausgehend von der in § 184 StGB maßgeblichen gesetzgeberischen Intention des Jugendschutzes postuliert der BGH³⁰ für eine effektive technische Alterskontrolle bei der gewerblichen Vermietung pornografischer Videokassetten und DVDs bei so genannten Automatenvideotheken zwei zu unterscheidende Schutzebenen:

- Zunächst hat die Identifizierung des Erstkunden vor Aushändigung der Chipkarte und der PIN persönlich durch das Personal der Videothek stattzufinden (Face-to-Face-Kontrolle bei Vorlage eines Personaldokuments). Insoweit dürfte auch der Erwerb der Zugangsdaten im Wege des sog. PostIdent-Verfahrens der deutschen Post zulässig sein, da auf diesem Wege ebenfalls die vom Gericht geforderte „personale Komponente“ der Alterskontrolle gewährleistet wird.
- Darüber hinaus muss die Authentifizierung des Kunden beim jeweiligen Zugang zu pornografischen Inhalten durch „effektive Barrieren“ den Missbrauch durch minderjährige Personen zuverlässig hindern. Für die Automatenvideothek bedeutet dies nach Ansicht des BGH jedenfalls die Prüfung der Zugangsdaten (Abgleich von Chipkarte, PIN und Daumenabdruck) sowie die Videoüberwachung der Räumlichkeiten, in denen sich die Ausgabegeräte befinden. Hinter diesem Schutzniveau zurückbleibende Vorkehrungen erkennt das Gericht hingegen ausdrücklich nicht an.

Auch *Schumann* erkennt in seinem Gutachten insoweit offenbar an, dass eine Altersfeststellung bei der rein technischen Zugangskontrolle einen zuvor stattfindenden persönlichen Kontakt – also gleichsam einen „Face-to-Face-Abgleich“ – erfordert. Jedenfalls führt er aus, dass er lediglich den automatischen Abgleich biometrischer Daten als generelles AVS-Erfordernis in Zweifel ziehe.³¹ Selbst wenn man dem folgen mag, überrascht, dass *Schumann* im Weiteren offenbar das AVS „ueber18.de“ für hinreichend im Sinne des § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV erachtet, obwohl bei diesem System gerade keine Alterskontrolle durch persönlichen Kontakt stattfindet, sondern nur durch untaugliche „Hilfskonstruktionen“ (wie die Abfrage der Perso-

25 Vgl. *KG*, MMR 2004, 478.

26 *Schumann*, Gutachten im Auftrag des IVNM, 2004, S. 18-20.

27 So *Schumann* ausdrücklich zu Automatenvideotheken, Gutachten S. 33.

28 Vgl. *BGH NJW* 1987, 449, 450.

29 *Schumann*, Gutachten S. 33.

30 BGHSt 48, 278 = MMR 2003, 582 ff.

31 *Schumann*, Gutachten S. 32.

nalausweisnummer und der Postleitzahl) ein personaler Bezug herzustellen versucht wird. Dass dieser Versuch zwangsläufig scheitern muss, liegt auf der Hand und bedarf keiner weiteren Begründung.

a) **Rechtsprechung zu Online-Medien**

aa) **Urteil des BGH und des VG München zu Pornografie im Rundfunk**

Auch das *BVerwG* manifestiert in seiner Entscheidung zur rechtlichen Zulässigkeit des Zugänglichmachens von Pornografie im Rundfunk³² im Wesentlichen die bereits genannten Eckpunkte hinsichtlich des technischen Zugangsausschlusses Minderjähriger:

- Über die allgemeine Verschlüsselung hinaus muss sichergestellt sein, dass die erforderlichen technischen Decodiereinrichtungen nur Erwachsenen zugänglich sind. Bloße schriftliche Versicherungen des Kunden sind nicht ausreichend. Eine zuverlässige Alterskontrolle ist nur anzunehmen, wenn vor oder während des Vertragsschlusses ein persönlicher Kontakt mit dem Kunden stattfindet und in diesem Zusammenhang eine zuverlässige Kontrolle seines Alters anhand amtlicher und mit Lichtbild versehener Dokumente und der Aufzeichnung darin enthaltener Daten, namentlich der Ausweisnummer, vorgenommen werden.³³
- Über die Kontrolle bei der Gewährung der technischen Mittel hinaus muss nach den allgemeinen Ausführungen des *BVerwG* „zusätzlich zumindest eine weitere im System angelegte effektive Vorkehrung getroffen“ werden, die es „Minderjährigen regelmäßig unmöglich macht, die in Rede stehenden Filme wahrnehmen zu können“. Wie diese weitere Vorkehrung beschaffen sein muss, wird vom *BVerwG* allerdings nicht ausgeführt.

Dieses in dem zweiten genannten Punkt formulierte Erfordernis einer weiteren technischen Vorkehrung konkretisiert das *VG München* in seinem Urteil wie folgt:

Die Freischaltung des verschlüsselten Angebotes über eine PIN, die für alle im Pay-per-View-Verfahren angebotenen und einzeln freizuschaltenden Sendungen ausgegeben wird, ist keine hinreichende „weitere Vorkehrung“ im Sinne der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung.³⁴ Faktisch verlangt das *VG* also eine gesonderte PIN für den Erwachsenen-Bereich.³⁵

Hieraus zieht *Sieber* in seinem Gutachten zu den Anforderungen an geschlossene Benutzergruppen zutreffend den Schluss, dass auch bei Telemedien ein gleichsam zweistufiger Zugangskontrollschutz erforderlich ist, namentlich die Identifizierung des Erstnutzers aufgrund einer persönlichen Face-to-Face-Kontrolle sowie im Weiteren die Authentifizierung des Nutzers beim jeweiligen Zugang.³⁶ Die Parallele zwischen Rundfunk und Telemedien liegt schon deshalb auf der Hand, weil der Gesetzgeber beide Medienbereiche im Jugendmedienschutz-Staatsvertrag als „Angebote“ zusammengefasst hat. Sind insoweit für den Rundfunk sogar strengere Bestimmungen für Pornografie vorgesehen (namentlich ein Totalverbot nach § 4 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 JMStV), so müssen für Telemedien doch zumindest die von der dargestellten verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze auch bei Telemedien gelten.

32 *BVerwG* NJW 2002, 2966 ff.

33 *BVerwG* NJW 2002, 2966, 2968.

34 *VG München*, Ur. v. 19.9.2002, MMR 2003, 292, 294.

35 So auch *Palzer*, Anm. zu *VG München*, in: MMR 2003, 295, 296

36 *Sieber*, Gutachten, S. 44 ff.

Greift demgegenüber *Schumann* die Urteile des *BVerwG* und des *VG München* als mit dem geltenden Recht unvereinbar an,³⁷ kann dem im Einzelnen nicht gefolgt werden. Dieser Einschätzung liegt insbesondere ein sachlich unzutreffender Vergleich eines Pay-TV-Decoders mit der Veräußerung eines pornografischen Buchs zugrunde. Namentlich geht *Schumann* davon aus, dass wenn der Decoder einem Erwachsenen ausgehändigt worden sei, die gleichen Grundsätze anzuwenden seien wie für den Fall, dass an einen erwachsenen Kunden eine pornografische Schrift veräußert wird.³⁸ Hierdurch werde gleichsam die Verantwortlichkeit für den etwaigen Zugang von Pornografika dem erwachsenen Kunden überantwortet; der Fernsehveranstalter habe hiermit nichts mehr zu tun. Dieser Grundannahme *Schumanns* liegt offenbar das Missverständnis zugrunde, der Decoder sei selbst pornografisch. Nur so ließe sich der Vergleich der Veräußerung eines Decodiergerätes zur Entschlüsselung kommerzieller Rundfunkangebote mit einem pornografischen Buch rechtfertigen. Richtigerweise ist aber nicht der Decoder ein zugänglich gemachter pornografischer Inhalt, sondern lediglich Bestandteil der hierzu notwendigen Empfangsanlagen. Hierzu muss man wissen, dass der Zugang zum verschlüsselten Pay-TV Angebot des Bezahlfernsehsenders Premiere (um deren Angebot es in der Entscheidung ging) nur mit einem Digital-Dekoder und einer speziellen so genannten Smart-Card von Premiere erfolgen kann. Im Kern geht es also nicht um den Erwerb eines Dekoders bzw. einer Smart-Card, sondern um den Abschluss eines Abovetrages mit Premiere zum Empfang dessen verschlüsselten Pay-TV-Angebotes.

Ein täterschaftliches Zugänglichmachen von Pornografie i.S.d. § 184 StGB liegt mithin nicht mit Ausgabe des Decoders, sondern erst mit Ausstrahlung einer verschlüsselten pornografischen Sendung vor, die mittels des erworbenen Dekoders und der Smart-Card des Anbieters in jedem Einzelfall (d.h. für jede einzelne Sendung) entschlüsselt werden muss. Insoweit kann aber der Rundfunkveranstalter nicht als lediglich „mittelbarer Täter hinter dem Täter“ bezeichnet werden.³⁹ Diese Argumentation wird insbesondere durch den Vergleich ad absurdum geführt, dass nach Ansicht *Schumanns* auch der Verkauf eines Fernsehgerätes an einen erwachsenen Kunden letztlich dazu führen müsste, dass der Pornografie ausstrahlende Rundfunkveranstalter strafrechtlich nicht wegen Zugänglichmachens nach § 184 StGB haftbar gemacht werden könnte, da ja lediglich an Erwachsene Fernsehempfangsgeräte verkauft würden. Nur auf der genannten unzutreffenden Vergleichsgrundlage gelangt *Schumann* im Ergebnis zu der Ansicht, entgegen der Rechtsprechung des *BVerwG* könne von einem täterschaftlichen Zugänglichmachen durch den Pornografie ausstrahlenden Pay-TV-Anbieter nicht die Rede sein.

Auch die von *Schumann* gegen die Urteile des *BVerwG* und des *VG München* erhobenen Bedenken wegen etwaiger Verstöße gegen Grundsätze des Jugendschutzrechts sind nicht durchgreifend. Dabei stellt er selbst fest, dass es verfassungsrechtliches Ziel des Jugendschutzes ist, Störungen des grundgesetzlich gewährleisteten Erziehungsrechts durch das Eingreifen Dritter zu verhindern.⁴⁰ Gerade derartige Störungen ergeben sich jedoch dann, wenn Pay-TV-Veranstalter oder auch Anbieter von Telemedien ungehindert pornografische Inhalte verbreiten, welche an den häuslichen Empfangsgeräten (Fernseher, Decoder zum Empfang kommerzieller Angebote oder Computer mit Internetzugang) ohne weiteres wahrgenommen werden können. Wäre dem nicht so und würde man mit *Schumann* die Rezeption derartiger Inhalte mit dem Hinweis auf das Erziehungsrecht der Eltern freigeben, bedürfte

37 *Schumann*, Gutachten S. 24 ff.

38 *Schumann*, Gutachten S. 25.

39 So indes *Schumann*, Gutachten S. 25.

40 *Schumann*, Gutachten S. 28.

es letztlich überhaupt keines Jugendschutzes im Rundfunk und im Internet, da dies dann – nach *Schumann* – einer Bevormundung oder „Erziehung der Eltern“ gleichkomme.⁴¹ Dass dies weder Wille des Gesetzgebers noch Ausdruck der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Erziehungsrechts ist, ergibt sich schon daraus, dass der Gesetzgeber neben § 184 StGB seit über 20 Jahren explizite Regelungen zum Jugendschutz im Rundfunk vorsieht, welche auch die Verbreitung von Pornografie beschränken oder nunmehr sogar ausdrücklich gänzlich verbieten. Dies ist gerade in der heutigen Zeit umso wichtiger, als Kinder und Jugendliche aufgrund der häufigen Berufstätigkeit beider Elternteile in ihrem Fernseh- und sonstigen Medienkonsum vielfach keinerlei Beschränkungen unterliegen und mithin selbst z.B. das Fernsehprogramm festlegen. Hinzu kommt, dass Eltern sich auch häufig der bestehenden Gefahren im Medienbereich mangels eigener technischer Kenntnis nicht bewusst sind und daher vor allem auch darauf vertrauen, dass die Anbieter jugendgefährdender Inhalte alles unternehmen, um ihrer gesellschaftlichen Verpflichtung zum Schutz Minderjähriger nachzukommen.

Da die Entscheidungen des *BVerwG* und des *VG München* daher keinen rechtlichen Bedenken unterliegen, liegt eine Übertragung der hierin festgestellten Anforderungen an die Online-Verbreitung von Pornografie nach § 184 StGB auf Angebote im Internet (Telemedien) nahe, zumal die jeweiligen Verbreitungsformen eher auf einer vergleichbaren Ebene liegen als dies bei Entscheidungen zum Offline-Bereich, wie etwa dem oben behandelten Urteil des *OLG Karlsruhe*, der Fall ist. Daher ist im Ergebnis auch *Sieber* zu folgen, der die gerichtlichen Entscheidungen zu Pornografie im Pay-TV sowie im Übrigen auch zu Pornografie bei Automatenvideotheken seiner Beurteilung der Anforderungen nach § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV maßgeblich zugrunde legt.⁴²

bb) Urteile des KG und des OLG Düsseldorf

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass neuere Rechtsprechung zu Altersverifikationssystemen bei Telemedien ergangen ist, welche in dem Gutachten *Siebers* noch nicht berücksichtigt werden konnte, indes auch in dem aktuellen Gutachten *Schumanns* nur am Rande Beachtung findet. Letzteres überrascht insbesondere deshalb, weil die Entscheidungen des *OLG Düsseldorf*⁴³ und des *KG Berlin*⁴⁴ sich auf die dargelegte Rechtsprechung des *BVerwG* zu Pornografie im Pay-TV und im Übrigen auch auf die BGH-Entscheidung zu den Automatenvideotheken beziehen und auf dieser Grundlage auch die Anforderungen an technische Alterkontrollsysteme im Internet festlegen.

41 Vgl. *Schumann*, Gutachten S. 28.

42 *Sieber*, Gutachten, S. 42 ff.

43 *OLG Düsseldorf* MMR 2004, 409 f.

44 *KG* MMR 2004, 478 ff.

Insbesondere im Urteil des Kammergerichts wird wörtlich ausgeführt:

„Daß der Gesetzgeber gerade der Pornographie – und nicht etwa allgemein sexuellen Inhalten und Betätigungen - eine gesteigerte Gefährlichkeit zumißt und deshalb in besonders wirkungsvollem Maße sicherstellen will, daß Jugendliche und Kinder zu dem Schutz ihrer ungestörten Entwicklung davon ferngehalten werden, zeigt sich im gegenüber § 182 StGB erhöhten Schutzalter. Hierin liegt entgegen der Ansicht von Tröndle/Fischer, StGB 51. Aufl., § 184 Rdn. 10 kein Wertungswiderspruch. Denn das für die ungestörte Entwicklung der Jugendlichen Gefährliche erblickt der Gesetzgeber (vgl. zur Einschätzungsprärogative BVerfG NJW 1991, 1471, 1472) gerade darin, daß die schriftlichen oder bildlichen Beschreibungen der Sexualität stark vergrößert und – unter Weglassung aller begleitenden menschlichen Gefühle - auf das äußere Geschlechtliche reduziert sind (vgl. altgriechisch: pornos: die Hure, graphein: (be)schreiben).

Zu einem solchen Schutz [ist] es erforderlich, daß zwischen der pornographischen Darstellung und dem Minderjährigen eine effektive Barriere – nicht nur eine mühelos zu umgehende Scheinbarriere - besteht, die er überwinden muß, um die Darstellung wahrnehmen zu können (vgl. BVerwGE 116, 5, 14 ff = NJW 2002, 2966, 2968 zum Pay-TV; BGH NJW 2003, 2838 = NSTZ 2004, 148, 149 zur Automatenvideothek). Ein solches Wahrnehmungshindernis liegt beim Pay-TV nicht schon darin, daß die Ausstrahlung zur Nachtzeit erfolgt; sondern es müssen weitere Sicherungen - wie die verschlüsselte Ausstrahlung und der Verkauf von Decodern – hinzukommen, um sicherzustellen, daß nur Erwachsene die Sendungen empfangen können (vgl. BVerwG aaO). Ähnlich liegt es bei dem Betrieb einer Automatenvideothek; hier ist ein persönlicher Kontakt mit dem Kunden, verbunden mit einer Alterskontrolle, Ausgabe einer Chipkarte und PIN-Nummer sowie die Abnahme eines biometrischen Fingerabdrucks als ausreichende Sicherung erachtet worden (vgl. BGH aaO).

Ähnlich wirksame Vorkehrungen, die freilich keinen absoluten Schutz gegen jedwede Umgehung durch technisch versierte „Hacker“ darstellen können, sind auch von demjenigen zu fordern, der pornographische Schriften ins Internet stellt, weil er die von § 3 GjSM mißbilligte Gefahrenquelle setzt und daher die Voraussetzungen dafür zu schaffen hat, daß Minderjährige durch eine effektive Barriere gehindert werden, die pornographischen Seiten wahrzunehmen. Sie waren auf dem Markt auch vorhanden (vgl. etwa die Schilderung der technischen Maßnahmen in OLG Düsseldorf NJW 1984, 1977). Deshalb geht die Annahme der Revision, eine solche Sicherung bestehe auch darin, daß die Eltern den Computer so konfigurieren können, daß der Zugriff auf solche Seiten gesperrt ist, fehl. Denn nicht die Eltern haben die Gefahrenquelle geschaffen, sondern das hat der Angeklagte getan. In der Regel werden die Eltern diese technische Zugriffsmöglichkeit gar nicht kennen. Zudem muß auch berücksichtigt werden, daß es Familienverhältnisse gibt, in denen erzieherisches Handeln nicht oder nur unzureichend stattfindet.“⁴⁵

Die Rechtsprechung stützt somit die bereits von *Sieber* vorgenommene Zugrundelegung der bisher ergangenen Rechtsprechung im Rundfunk und bei Automatenvideotheken bei der Auslegung der Anforderungen an § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV.

45 Vgl. KG MMR 2004, 478 f.

5. Verfassungsrechtliche Auslegung

a) Einschränkung der Informationsfreiheit durch Jugendschutz

Wie auch von *Sieber* in seinem Gutachten ausgeführt wird,⁴⁶ nimmt das *BVerfG* in ständiger Rechtsprechung an, dass der Schutz der Jugend nach einer vom Grundgesetz selbst getroffenen Wertung ein Ziel von bedeutsamem Rang und ein wichtiges Gemeinschaftsanliegen ist.⁴⁷ Der Jugendschutz, der in Art. 5 Abs. 2 GG ausdrücklich erwähnt ist, genießt vor allem aufgrund des in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG verbrieften elterlichen Erziehungsrechtes Verfassungsrang.⁴⁸ Kinder und Jugendliche bedürfen des Schutzes und der Hilfe, um sich zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten innerhalb der sozialen Gemeinschaft zu entwickeln.⁴⁹ Das gilt gerade auch für ihre Bewahrung vor sexuellen Gefahren und für die Ermöglichung einer das Persönlichkeitsrecht achtenden Sexualerziehung.⁵⁰ Dieser Gesichtspunkt berechtigt den Staat, von Kindern und Jugendlichen Einflüsse fernzuhalten, welche sich auf ihre Einstellung zum Geschlechtlichen und damit auf die Entwicklung ihrer Persönlichkeit nachteilig auswirken können. Insoweit ergeben sich keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine Auslegung des Merkmals der „Sicherstellung“ im Sinne des § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV, in dem Sinne, dass das Zugänglichmachen pornografischer Telemedien gegenüber Minderjährigen nahezu völlig auszuschließen ist.

b) Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers

Das Bundesverfassungsgericht hat festgestellt, dass der Gesetzgeber ohne Verfassungsverstoß davon ausgehen darf, dass Medieninhalte jugendgefährdende Wirkung haben können.⁵¹ Der Gesetzgeber braucht danach seine legislatorischen Maßnahmen nicht vom wissenschaftlich-empirischen Nachweis abhängig zu machen, dass Medieninhalte überhaupt einen schädigenden Einfluss auf Kinder und Jugendliche ausüben können. Diese Annahme liegt vielmehr im Bereich der ihm einzuräumenden Einschätzungsprärogative.⁵²

Im Ergebnis unklar sind demgegenüber die Ausführungen *Schumanns*, der offenbar die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers aufgrund Zeitablaufs als verwirkt ansieht.⁵³ Insbesondere hätten „Möglichkeiten empirischer Untersuchungen über die Wirkungen einfacher Pornografie bestanden“. Diese Auffassung verkennt m.E., dass das *BVerfG* in der „wissenschaftlichen ungeklärten Situation“ den Gesetzgeber als befugt erachtet, „die Gefahrenlagen und Risiken abzuschätzen und zu entscheiden, ob er Maßnahmen ergreifen will oder nicht“.⁵⁴ Darauf, ob der Gesetzgeber nicht alle Möglichkeiten einer empirischen Untersuchung ausgeschöpft hat, kommt es nach Auffassung des Gerichts also gerade nicht an. Im Übrigen führt auch *Sieber* hierzu bereits zutreffend aus, dass eine Einschätzungsprärogative nicht durch bloßen „Zeitablauf“ obsolet werden kann, sondern nach der zutreffenden Feststellung des *BVerfG*⁵⁵ nur dadurch, dass die vom Gesetzgeber getroffene Wertung widerlegt wäre.⁵⁶ Im Übrigen hat der Gesetzgeber seine Einschätzung dadurch erneuert und be-

46 *Sieber*, Gutachten, S. 22.

47 Vgl. BVerfGE 30, 336, 347 f. = NJW 1971, 1555; BVerfGE 77, 346, 356 = NJW 1988, 1833; BVerfG NJW 1991, 1471, 1472.

48 BVerfGE 7, 320, 323 f. = NJW 1958, 865.

49 Vgl. BVerfGE 79, 51, 63 = NJW 1989, 519.

50 Vgl. BVerfGE 47, 46, 72 f. = NJW 1978, 807

51 Vgl. BVerfG NJW 1991, 1471, 1472.

52 Vgl. BVerfG NJW 1991, 1471, 1472.

53 *Schumann*, Gutachten, S. 38.

54 Vgl. BVerfGE 49, 89 (131 f.) = NJW 1979, 359.

55 BVerfG NJW 2002, 2966, 2971.

56 Vgl. *Sieber*, Gutachten, S. 29.

kräftigt, dass er § 184 StGB im Rahmen der Reform des Sexualstrafrechts⁵⁷ aufrechterhalten und das Regelungswerk sogar weiter ausdifferenziert hat.

c) Berücksichtigung des Pornografiebegriffs

Weiterhin wird in dem Gutachten *Schumanns* die Auffassung vertreten, dass einfach pornografische Angebote nach § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 JMStV anders zu behandeln sind als offensichtlich schwer jugendgefährdende Angebote im Sinne des S. 1 Nr. 3.⁵⁸ Dies überrascht zunächst deshalb, weil *Schumann* in einer vormaligen Publikation noch der gegenteiligen Ansicht war, dass pornografische und offensichtlich schwer jugendgefährdende Inhalte gleichwertig sind.⁵⁹ Darüber hinaus will er offenbar die Grenzen des Pornografiebegriffs dahingehend verschieben, dass Medien, „die einverständliche Sexualität zwischen Partnern darstellen, die keine persönlichen Beziehungen verbindet“, Jugendlichen nicht vorenthalten werden sollen.⁶⁰ Will man einer derartigen Einschränkung des Pornografiebegriffs auf Darstellungen von Sexualität gegen den Willen der dargestellten Sexualpartner zustimmen, hieße das freilich auch, dass im Internet zahlreich vertretene „Special Interest“-Programme wie so genanntes „Fisting“, „Kaviar“, „Natursekt“, einverständlich erfolgende Sado-Masochismen Minderjährigen zugänglich gemacht werden dürfen. Lassen sich für eine derartige tatbestandliche Minimierung des Pornografiebegriffs i.S.d. § 184 StGB unter Aufgabe der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung durchaus rechtspolitische Argumente wie etwa die Unbestimmtheit des Rechtsbegriffs finden, so vermag die gültige Definition der Pornografie der dem Jugendschutz dienenden Normen des § 184 StGB sowie des § 4 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 JMStV ohnehin nur wenig hinsichtlich der Auslegung des Merkmals des „Sicherstellens“ bei geschlossenen Benutzergruppen beizutragen.

6. Ergebnis

Das Merkmal des Sicherstellens nach § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV kann nach der rechtsmethodischen Auslegung nur dahingehend verstanden werden, dass nicht nur eine überwiegende „Unwahrscheinlichkeit“ des Zugangs Minderjähriger durch bestimmte Wahrnehmungshindernisse gewährleistet wird, sondern vielmehr die Möglichkeiten des Zugangs von Kindern und Jugendlichen derart verlässlich ausgeschlossen werden, dass eine Umgehung der hierfür errichteten Zugangsbarrieren nur in seltenen Ausnahmefällen denkbar ist.

Diesen Anforderungen trägt das in dem Gutachten von *Sieber* aufgrund der Auswertung der bisherigen Rechtsprechung zu § 184 StGB vorgeschlagene zweistufige AV-Modell Rechnung. Demgegenüber bleibt die von *Schumann* in seinem Gutachten durch Ablehnung höchstrichterlicher Rechtsprechung und Neudefinition des Pornografiebegriffs vertretene Auffassung weit hinter dem zurück, was aufgrund einer rechtsmethodischen Auslegung des § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV aus Sicht des Gutachtenerstellers vertretbar erscheint.

57 Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften vom 27. 12. 2003 (BGBl I, 3007).

58 *Schumann*, Gutachten, S. 38.

59 Vgl. *Schumann*, in: Lenckner-Festschrift, München 1998, 565 ff., 577 ff.

60 *Schumann*, Gutachten, S. 39.

III. Beurteilung des AVS „ueber18.de“

1. Evidentes Zurückbleiben hinter Mindestanforderungen

Das AV-System „ueber 18.de“ in den (in den Gutachten geschilderten) Varianten der Versionen 0 bis 2 trägt den Anforderungen des § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV nicht annähernd Rechnung, die von der ganz herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur verlangt werden. Dies ergibt sich vor allem aus den erheblichen Umgehungsmöglichkeiten, die in der neueren Rechtsprechung und der herrschenden Rechtsliteratur eingehend dargestellt werden.⁶¹ Neben *Sieber* müsste im Übrigen selbst *Schumann* bei konsequenter Subsumtion seiner gutachtlichen Auslegung zu diesem Ergebnis gelangen, da etwa die vom BGH zu Automatenvideotheken aufgestellten Grundsätze der persönlichen Kontrolle bei der Vergabe von Zugangsdaten an Videothekenkunden – auch im Hinblick auf eine Übertragung auf AV-Systeme im Internet – insoweit unwidersprochen bleiben.⁶² Eine derartige – im Übrigen von den Aufsichts- und Strafverfolgungsbehörden ebenfalls geforderte – personale Kontrolle bei der Identifizierung des Erstkunden vermag das auf bloßer Prüfung der Personalausweisnummer basierende AVS „ueber18.de“ indes gerade nicht zu leisten.

2. Wettbewerbsverstoß nach den §§ 3, 4 Nr. 11 UWG

Das rechtswidrige Angebot „ueber18.de“ verstößt im Bezug auf andere, rechtskonform agierende Anbieter von Altersverifikationssystemen i.S.d. § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV evident gegen das Wettbewerbsrecht. Hieran hat auch der komplette Neuerlass des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, der am 8. Juli 2004 in Kraft getreten ist, nichts geändert.⁶³ Insbesondere soll die neue Generalklausel des § 3 UWG in Verbindung mit der nicht abschließenden Aufzählung in § 4 UWG dem bisherigen § 1 UWG a.F. entsprechen.⁶⁴

Nach § 3 UWG sind unlautere Wettbewerbshandlungen nunmehr unzulässig, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen. Die Ausklammerung von unerheblichen Beeinträchtigungen soll dabei lediglich Bagatellfälle ausschließen, d.h. die Schwelle für eine unlautere Wettbewerbshandlung darf nicht zu hoch angesetzt werden.⁶⁵ Gemäß § 4 Nr. 11 UWG liegt eine unlautere Wettbewerbshandlung nach § 3 UWG unter anderem vor, wenn einer gesetzlichen Vorschrift zuwidergehandelt wird, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Damit hat der Gesetzgeber nunmehr die von der Rechtsprechung entwickelte Figur des Wettbewerbsverstoßes durch Rechtsbruch in Gesetzesform gegossen.⁶⁶ Verstöße gegen § 3 UWG lösen nach den §§ 8, 9 UWG unter anderem für den Mitbewerber Ansprüche auf Beseitigung, Unterlassung und Schadensersatz aus.

Insoweit ist schon in der bisherigen Rechtsprechung zu den §§ 1, 3 UWG a.F. und in der Kommentarliteratur einhellig anerkannt, dass die Missachtung geltender Jugendschutzgesetze zugleich einen Verstoß gegen Wettbewerbsvorschriften begründet.⁶⁷ Dies ergibt sich im gutachtensgegenständlichen Zusammenhang insbesondere daraus, dass nach zutreffen-

61 Vgl. nur *KG MMR* 2004, 478 ff.; *Döring/Günter*, *MMR* 2004, 231 ff.

62 Vgl. *Schumann*, Gutachten, S. 32 f.

63 Vgl. *BGBI* 2004 I S. 1414 ff.

64 Vgl. *BR-Drs.* 301/03, S. 31.

65 Vgl. *BR-Drs.* 301/03, S. 31.

66 Vgl. *BR-Drs.* 301/03, S. 37.

67 Vgl. *OLG Hamburg WRP* 1987, 484 f.; *LG Bad Kreuznach*, *Urt. v. 19. 2. 2001 – Az: 5 O 16/01*, *WRP* 2001, 853; *OLG Hamburg NJW-RR* 1997, 745 f.; *OLG Karlsruhe NJWE WettbR* 1996, 149; *Baumbach/Hefermehl*, 22. Aufl., § 1 UWG Rn. 613, 614.

der Rechtsprechung Jugendschutzbestimmungen stets sittlich fundierte Normen sind, bei denen wegen des betroffenen Allgemeininteresses immer zugleich ein Wettbewerbsverstoß im Sinne des UWG anzunehmen ist.⁶⁸ Das *OLG Hamburg* führt etwa hinsichtlich des mit der gutachtensgegenständlichen Konstellation in jeder Hinsicht vergleichbaren Falles des Verstoßes gegen das Pornografieversandhandelsverbot wörtlich aus: „Der Schutz von Kindern und Jugendlichen vor sittlich gefährdenden Machwerken ist Ausdruck sittlicher Anschauung der Allgemeinheit. Es widerspricht diesem allgemeinen sittlichen Empfinden, wenn durch Verletzung eben der den Schutz bezweckenden Vorschriften die Gefahr heraufbeschworen wird, die durch diese Normen gebannt werden soll. Das Verbot, Pornografie in der vom Gesetz umschriebenen Form zu verbreiten, ist geradezu das Musterbeispiel für eine sittlich fundierte Vorschrift, deren Verletzung ohne weitere Unlauterkeitsmomente die Wettbewerbshandlung zu einem Verstoß gegen die guten Sitten im Wettbewerb macht“.⁶⁹ Legt man die klaren Grundsätze der Rechtsprechung und der einhelligen Rechtsliteratur zugrunde, ergibt sich vorliegend ohne weiteres ein Verstoß des Angebotes „ueber18.de“ gegen die Vorschriften der §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, ohne dass es eines weiteren Nachweises des (gleichwohl zweifelsohne ebenfalls gegebenen) Wettbewerbsvorsprungs gegenüber rechtskonformen AVS-Anbietern bedarf.

⁶⁸ Vgl. *OLG Hamburg* NJW-RR 1997, 745; *OLG Karlsruhe* NJWE WettbR 1996, 149.

⁶⁹ *OLG Hamburg* WRP 1987, 484, 485 mwN.

IV. Gesamtergebnis

Das Merkmal des Sicherstellens nach § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV kann nach der rechtmethodischen Auslegung nur dahingehend verstanden werden, dass nicht nur eine überwiegende „Unwahrscheinlichkeit“ des Zugangs Minderjähriger durch bestimmte Wahrnehmungshindernisse gewährleistet wird, sondern vielmehr die Möglichkeiten des Zugangs von Kindern und Jugendlichen derart verlässlich ausgeschlossen werden, dass eine Umgehung der hierfür errichteten Zugangsbarrieren nur in extremen Ausnahmefällen durch Aufbringen enormen Aufwandes denkbar ist.

Diesen Anforderungen trägt das in dem Gutachten von *Sieber* aufgrund der Auswertung der bisherigen Rechtsprechung zu § 184 StGB vorgeschlagene zweistufige AV-Modell Rechnung. Demgegenüber bleibt die von *Schumann* in seinem Gutachten durch Ablehnung höchstrichterlicher Rechtsprechung und Neudefinition des Pornografiebegriffs vertretene liberale Auffassung weit hinter dem zurück, was aufgrund einer rechtmethodischen Auslegung des § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV aus Sicht des Gutachtenerstellers vertretbar erscheint.

Das AV-System „ueber 18.de“ in den in den Gutachten geschilderten Varianten der Versionen 0 bis 2 trägt den Anforderungen des § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV nicht annähernd Rechnung. Dies ergibt sich vor allem aus den erheblichen Umgehungsmöglichkeiten, die in der neueren Rechtsprechung und der herrschenden Rechtsliteratur eingehend dargestellt werden.⁷⁰ Neben *Sieber* müsste selbst *Schumann* bei konsequenter Subsumtion seiner gutachtlichen Auslegung zu diesem Ergebnis gelangen, da etwa die vom *BGH* zu Automatenvideotheken aufgestellten Grundsätze der persönlichen Kontrolle bei der Vergabe von Zugangsdaten an Videothekenkunden – auch im Hinblick auf eine Übertragung auf AV-Systeme im Internet – insoweit unwidersprochen bleiben.⁷¹ Eine derartige – im Übrigen von den Aufsichts- und Strafverfolgungsbehörden ebenfalls geforderte – personale Kontrolle bei der Identifizierung des Erstkunden vermag das auf bloßer Prüfung der Personalausweisnummer basierende AVS „ueber18.de“ indes gerade nicht zu leisten.

Das rechtswidrige Angebot „ueber18.de“ verstößt weiterhin im Bezug auf andere, rechtskonform agierende Anbieter von Altersverifikationssystemen i.S.d. § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV evident gegen das Wettbewerbsrecht (§§ 3, 4 UWG).

Dr. M. Liesching

⁷⁰ Vgl. nur *KG MMR* 2004, 478 ff.; *Döring/Günter*, *MMR* 2004, 231 ff.

⁷¹ Vgl. *Schumann*, Gutachten, S. 32 f.