

Wettbewerbspolitisch erscheint das angesichts der besonderen Stellung der Presse einerseits und ihren besonderen wirtschaftlichen Herausforderungen andererseits gerechtfertigt. Denn zum einen gewährt Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG die Pressefreiheit nicht nur als Abwehrrecht, sondern auch als institutionelle Garantie, die den Staat verpflichtet, die Bedingungen zu schaffen, die eine freie Presse für ihre Existenz benötigt⁶⁷. Zum anderen müssen die Presseverlage mit den engen Marktabgrenzungen leben, die das Bundeskartellamt für ihre Märkte ermittelt, während sie gleichzeitig großen Marktteilnehmern und Wettbewerbern gegenüberstehen, die derartigen Marktschranken nicht unterfallen. Im Unterschied zu anderen Branchen können die Presseverlage schließlich nicht durch weitreichende Automatisierung oder sonstige Skalierungen ihrer Produkte auf die Marktveränderungen reagieren, ohne die Qualität ihrer Produkte zu gefährden. Denn journalistische Berichterstattung ist notwendigerweise personalintensiv.

Dogmatisch ist die geplante Neuregelung als weitere pressezuspezifische Bereichsausnahme des § 30 GWB schlüssig.

Im Hinblick auf das deutsche Kartellrecht fügt sie sich nahtlos in die bestehende Gesetzessystematik ein, die »Sonderregeln für bestimmte Wirtschaftsbereiche«⁶⁸ vorsieht. Im Anwendungsbereich des EU-Kartellrechts wird die deutsche Regelung freilich keine Ausnahme statuieren können. Allerdings wird bei konkreten Kooperationsvorhaben von Verlagen stets zu prüfen sein, ob die Voraussetzungen eines Verbots nach Art. 101 Abs. 1 AEUV tatsächlich gegeben sind. Denn nicht jede Kooperation von zwei Verlagen beschränkt den Handel zwischen den Mitgliedstaaten, und auch im Zuschnitt ihrer Zusammenarbeit räumt das Gesetz den Presseverlagen weitreichende Gestaltungsfreiheit ein. ◇

67 Grundlegend zur institutionellen Garantie der freien Presse BVerfGE 20, 162, 175 ff. – Spiegel.

68 So die Überschrift des Fünften Abschnitts des Ersten Teils des GWB.

Christian Ulbrich* und Professor Dr. Dr. h. c. mult. Bruno S. Frey**

Mediale und gesellschaftliche Vorverurteilungen

Ein neuer Ansatz zum Umgang mit einem alten Phänomen

Der technische Fortschritt und die damit einhergehende allgegenwärtige Verfügbarkeit von Informationen rücken das Problem der »Vorverurteilungen« wieder stärker in den Fokus. Nach einer Eingrenzung des Phänomens werden die vielfältigen rechtlichen und tatsächlichen Probleme des juristischen Umgangs mit dem Phänomen erläutert und die zunehmend gravierenderen Konsequenzen für den Betroffenen und vor allem die Gesellschaft aufgezeigt. Es wird ein Überblick über die bisherigen rechtlichen Lösungsvorschläge gegeben, um schließlich einen gänzlich anderen Lösungsansatz vorzustellen. Es wird vorgeschlagen, dass die Medienakteure selbstregulierend einen »Ausgleichsfonds für Opfer von Vorverurteilungen« gründen. Abschließend wird ausgeführt, wie ein solcher Ausgleichsfonds ausgestaltet sein müsste.

den somit in der Regel nur Aspekte beleuchtet, die den Prozess selbst unmittelbar betreffen. Die Auswirkungen und Kosten für die Gesellschaft und die Betroffenen in Folge von »Vorverurteilungen« spielen dabei kaum eine Rolle.

Aufgrund des technischen Fortschritts und des Wandels zur heutigen Informationsgesellschaft sind die Konsequenzen von unrechtmäßigen »Vorverurteilungen« für die Betroffenen und die Gesellschaft inzwischen jedoch oft schwerer und lang anhaltender als jemals zuvor. Die Verbreitung des Internets und die allgegenwärtige, mehr oder weniger »kostenlose« Verfügbarkeit von digitalen Informationsquellen haben den Einfluss der medialen (nicht zwangsläufig journalistischen) Informationsgewinnung weiter erhöht.

Medien spielen in der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zugleich eine überragend wichtige Rolle.

I. Einleitung

Mediale und damit einhergehende gesellschaftliche »Vorverurteilungen« sind nur selten zentraler Gegenstand einer juristisch-wissenschaftlichen Auseinandersetzung. Wenn dies doch geschieht, geht es fast ausschließlich um Fragen des »Richterschutzes« oder »Verfahrensschutzes«¹. Es wer-

* Der Verfasser ist Doktorand am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich und wiss. Mitarbeiter am Center for Research in Economics and Well-Being an der Universität Basel.

** Der Verfasser ist Professor em. der Universität Zürich, ständiger Gastprofessor an der Universität Basel, Ehrendoktor der Universitäten St. Gallen, Göteborg, Brüssel Aix-en-Provence und Innsbruck, sowie Research Director am Center for Research in Economics and Well-Being an der Universität Basel.

1 Exemplarisch: Roxin, NSStZ 1991, 153; Hassemer, NJW 1985, 1921.

Den Medien obliegt unter anderem die Kontrolle sämtlicher staatlicher Aktivitäten. Sie sichern »die freie Bildung der öffentlichen Meinung«². Nicht umsonst spricht man von der vierten Gewalt im Staat. Doch während das Verhältnis und die Kontrolle der anderen drei Gewalten sorgsam austariert sind, scheint in der Praxis der Schutz der Privatsphäre vor einem Missbrauch durch die Medien schwach ausgeprägt. Jedoch ist Vorsicht geboten, denn allzu leicht läuft man Gefahr, die Pressefreiheit einzuschränken und damit ein zentrales Grundrecht auszuhöhlen. Ein wirksamer Schutz der Privatsphäre und eine entsprechende Zurückhaltung der Medien kann nur schwer mittels Gesetzen erreicht werden. Aus diesem Grund ist es sinnvoll, eine Lösung des Problems auch außerhalb des rechtlichen Instrumentariums zu suchen.

II. Steigende Bedeutung des Phänomens der medialen und gesellschaftlichen »Vorverurteilung«

Die Medienlandschaft wird nicht mehr nur durch herkömmlich arbeitende Journalisten repräsentiert. Das »Internet« vereinfacht das Publizieren und Erreichen der Öffentlichkeit weiter für jeden. Verstärkt treten Blogs und reine Online-Publikationen in Erscheinung und werden weiter an Reichweite und Bedeutung gewinnen. Auch soziale Netzwerke spielen zunehmend bei der Verbreitung von Informationen eine Rolle und wirken sich oft verstärkend aus. Der (nur) in Deutschland geläufige Ausdruck »Shitstorm« drückt dieses Phänomen plastisch aus. Diese »neuen Medien« folgen selten einem Pressekodex und fühlen sich weniger dem Schutz der Privatsphäre verpflichtet.

Schwerwiegender ist jedoch der durch diese neue Konkurrenz entstehende zusätzliche Publikationsdruck auf die klassischen Massenmedien und ihre Online-Ausgaben. Infolge des sinkenden Interesses an Printmedien, an Rundfunk und Fernsehen und die Verlagerung des Medienkonsums ins »Internet« stehen sie in einem Überlebenskampf. Die digitale Nachrichtenvermittlung hat den Vorteil größtmöglicher Aktualität, allerdings besteht damit auch die Notwendigkeit einer permanenten Nachrichtenproduktion. Gleichzeitig wird allgemein angenommen, dass wenn »interessante« Informationen verfügbar sind, sie ohnehin jemand veröffentlichen wird. Daher ist in der Auseinandersetzung um Aufmerksamkeit und Werbeeinnahmen wichtiger, eine Nachricht als Erster zu veröffentlichen.

Insbesondere haben unrechtmäßige »Vorverurteilungen« inzwischen deutlich tief greifendere Auswirkungen, weil sich Sachverhalte, einmal veröffentlicht, auch Jahre später noch nachvollziehen lassen. Da hilft auch der jüngste Versuch des EuGH, dieser Entwicklung entgegenzusteuern, nur wenig. Auch wenn nun Suchmaschinen dem Gebot

folgen müssen, die Ergebnisse bestimmter Suchanfragen zu unterdrücken, wird zwar das Auffinden der Informationen erschwert, an ihrer generellen Verfügbarkeit ändert sich jedoch nichts. Das »Internet vergisst nicht«. Mit der weltweiten Ausdehnung des Internetnetzwerkes sind die Informationen nun auch weltweit verfügbar. Der Betroffene kann nicht einmal mehr räumlich ausweichen.

Ein weiterer wichtiger Faktor ist die zunehmende Transparenz in der Gesellschaft, herbeigeführt durch die »neuen Medien« und die erleichterten Möglichkeiten zu publizieren. Transparente Vorgänge lassen sich leichter nachvollziehen und ermöglichen eine effektivere Kontrolle. Allerdings stehen so auch zusätzliche, die Privatsphäre betreffende Informationen zur Verfügung und können veröffentlicht werden. Gerade wenn, wie es gegenwärtig der Fall ist, die gesellschaftliche Entwicklung und ihr öffentlicher Beurteilungsmaßstab nicht mit dem Fortschritt an Transparenz Schritt halten, besteht die Gefahr massiver »Vorverurteilungen«.

Zusätzlich beginnt die Rechtsprechung teilweise den Schutz der Privatsphäre zu verkürzen³. Das Internet wirkt hier bereits als »normative Kraft des Faktischen«⁴.

Die angesprochenen Entwicklungen stehen erst am Anfang. Die Problematik der Auswirkungen von »Vorverurteilungen« wird sich in Zukunft weiter intensivieren und an Bedeutung gewinnen.

III. Rechtslage und juristische Bewältigung von »Vorverurteilungen«

Das Recht kennt das Phänomen Vorverurteilungen an sich nicht. Eine Vorverurteilung ist allerdings faktisch nur möglich, wenn zuvor Informationen über den Betroffenen bekannt werden, auf denen die Vorverurteilung basieren kann. Vor Publikation von derartigen persönlichen Informationen kann der Betroffene aber geschützt sein. Der rechtliche Schutz vor Vorverurteilungen ist daher nur indirekt möglich, vor allem über den Schutz vor Eingriffen in die Privatsphäre durch die Persönlichkeitsrechte. Auch im Datenschutz- und Urheberrecht lassen sich Schutznormen finden. Andererseits stehen auch die Medien wegen ihrer besonderen Bedeutung für die demokratische Grundordnung unter besonderem Schutz. Der Gesetzgeber und die Gerichte waren und sind bestrebt, einen wohlartierten Ausgleich zwischen den widerstrebbenden Interessen zu finden – allerdings mit großen Problemen in der Praxis.

² BVerfGE 12, 113 = NJW 1961, 819.

³ Zum Beispiel im Bereich identifizierender Berichterstattung, vgl. Schertz, NJW 2013, 727. Für Rechtsprechungsnachweise siehe: Fn. 39.

⁴ Schertz, NJW 2013, 727.

1. Der rechtliche Schutz der Privatsphäre

a) Schutzrechte des Individuums gegen mediale Eingriffe

Die wichtigste Anspruchsgrundlage bei einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts findet sich in § 823 Abs. 1 BGB.⁵ Es existieren unterschiedliche Ansätze zur Systematisierung in verschiedenen Fallgruppen, während die Rechtsprechung von nicht abschließend umschriebenen Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts spricht.⁶ Zu erwähnen wäre der Schutz vor dem Eindringen der Medien in das Privatleben⁷, das Recht der persönlichen Ehre⁸, das Verfügungsrecht über die Darstellung der eigenen Person⁹, das Recht am gesprochenen und geschriebenen Wort, der Schutz gegen Entstellen und Unterschieben von Äußerungen, der Schutz vor Imitation der Persönlichkeit, der Schutz gegen Namensnennung im Zusammenhang mit Gerichtsberichterstattung, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme¹⁰ oder das Recht auf Nicht-Anzeige bestimmter Suchergebnisse in einer Internetsuchmaschine¹¹. Einige spezialgesetzlich geregelte Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gehen den allgemeinen Fallgruppen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als lex specialis vor. So ist das Recht am eigenen Bild von §§ 22, 23 KUG geschützt. Das Recht am eigenen Namen zum Beispiel findet sich in § 12 BGB. Darüber hinaus können folgende weitere Schutzgesetze relevant sein: Das Recht der Ehre findet in den Beleidigungstatbeständen der §§ 185 ff. StGB eine gesetzliche Konkretisierung. Die §§ 185 ff. StGB sind als Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB anerkannt. Zu denken wäre in diesem Kontext auch an § 824 BGB (Kreditgefährdung), § 826 BGB (Sitzenwidrige Schädigung), § 203 StGB (Verletzung von Privatgeheimnissen) oder § 353d StGB (Verbotene Mitteilungen über Gerichtsverhandlungen).

Ist das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen oder ein Schutzgesetz verletzt, kann er verschiedenste Ansprüche geltend machen. Das Spektrum reicht von Unterlassungsansprüchen, über Gegendarstellungsansprüche, Widerrufsansprüche, Ansprüche auf Richtigstellung oder unter Umständen auch auf Ergänzung, bis zu Ansprüchen auf Ersatz der Schäden. Eine Besonderheit ist die von der Rechtsprechung entwickelte Möglichkeit in der Verletzung des Persönlichkeitsrechts direkt einen materiellen Schaden zu sehen, wenn bestimmte Teile des Persönlichkeitsrechts kommerzialisiert sind¹². Bei groben Rechtsverletzungen ist es nach richterlichem Gewohnheitsrecht zusätzlich möglich einen Anspruch auf Geldentschädigung geltend zu machen, um dem Geschädigten Genugtuung zuteil werden zu lassen¹³. Im Bereich der Bildnisse kann zusätzlich gemäß § 37 KUG versucht werden, die Vernichtung oder gemäß § 38 KUG die Herausgabe der Aufnahmen zu erwirken.

Auch im Urheberrecht¹⁴ und im Datenschutzrecht¹⁵ lassen sich Normen finden, die dem Schutz der Privatsphäre des Individuums dienen können. Für den Bereich der Telemedien (eine große Anzahl der Internetdienstleistungsanbieter, vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 TMG) gelten die allgemeinen Grundsätze, außer es greift eine besondere Haftungsprivilegierung der §§ 7 ff. TMG¹⁶. Ergänzende Regelungen sind in den §§ 54 ff. des Staatsvertrages für Rundfunk und Telemedien (RStV) festgehalten. Insbesondere journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote müssen demnach »den anerkannten journalistischen Grundsätzen« entsprechen (§ 54 Abs. 2 RStV).

b) Grundsatz der Öffentlichkeit des Gerichtsverfahrens und die Öffentlichkeitsarbeit im Ermittlungsverfahren

Eine ganz besondere Rolle für den Schutz der Privatsphäre spielt die Berichterstattung über ein aufgenommenes strafrechtliches Ermittlungsverfahren bzw. über ein laufendes Gerichtsverfahren, denn hier sind die Gefahren für eine mediale Vorverurteilung mit starken negativen gesellschaftlichen und persönlichen Konsequenzen für den Betroffenen am größten.

⁵ Teichmann, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 16. Aufl., § 823 Rn. 65 ff.

⁶ Vgl. Di Fabio, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 77. EL, Juli 2016, Rn. 147 f.

⁷ Fechner, Medienrecht, 17. Aufl. 2016, S. 7 Rn. 18 ff.

⁸ BVerfG NJW 1980, 2070, 2071.

⁹ Wegweisend sind der »Lebach«-Fall (BVerfG NJW 1973, 1226) und die »Eppeler«-Entscheidung (BVerfG NJW 1980, 2070).

¹⁰ Vgl. Fechner, aaO. (Fn. 7), S. 93 Rn. 74 f.

¹¹ EuGH ZUM 2014, 559.

¹² Fechner, aaO. (Fn. 7), S. 118 Rn. 139.

¹³ Damm/Rehbock, Widerruf, Unterlassung und Schadenersatz in Presse und Rundfunk, 3. Aufl. 2008, Rn. 948.

¹⁴ So hat zum Beispiel gemäß § 12 UrhG nur der Urheber das Recht über die Modalitäten der Veröffentlichung seines Werkes zu bestimmen, während § 39 UrhG den Urheber vor Veränderungen seines Werkes schützt. Die §§ 97 ff. UrhG sehen verschiedene Ansprüche vor, insbesondere Unterlassung und Schadenersatz, die es dem Betroffenen ermöglichen sollen, sein Recht auch durchzusetzen.

¹⁵ Die Normen des Bundesdatenschutzgesetzes, der Datenschutzgesetze der Länder und vorgehende spezialgesetzliche Vorschriften wie etwa die §§ 91 ff. TKG oder §§ 11 ff. TMG sollen den Betroffenen vor Beeinträchtigungen seiner Persönlichkeitsrechte, vgl. § 1 Abs. 1 BDSG, vor allem durch das Erheben, Speichern und Nutzen von personenbezogenen Daten schützen, vgl. Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl., § 91 TKG Rn. 1. Um nicht mit der Pressefreiheit zu kollidieren, ist aber in § 41 BDSG ein spezielles Medienprivileg verankert, das die Presse von den Pflichten des BDSG für diejenigen Daten befreit, die ausschließlich zu journalistisch-redaktionellen Zwecken erhoben werden, vgl. Spindler/Schuster, 2011, Recht der elektronischen Medien, BDSG, § 41 Rn. 3.

¹⁶ Danach haften Dienstanbieter grundsätzlich nur für eigene, nicht für fremde Informationen. Der BGH gestattet aber unter Umständen auch eine Inanspruchnahme des Störers anstelle des Schädigers auf Unterlassung gemäß § 1004 BGB analog, wenn der Betreiber eines Internetangebots Kenntnis von der rechtswidrigen Verletzung des Persönlichkeitsrechts bei Nutzung seines Angebots hat, vgl. BGH ZUM 2007, 533 ff.

aa) Öffentlichkeit des Gerichtsverfahrens

Zwar hat zum Schutz vor staatlicher und richterlicher Willkür das Gerichtsverfahren aus gutem Grund in der Regel öffentlich zu sein, vgl. § 169 Satz 1 GVG. Allerdings haben der technische Fortschritt und die überall verfügbaren medialen Informationen dazu geführt, dass sich aus einer »repräsentativen« eine »kollektive« Öffentlichkeit entwickelt hat¹⁷. Damit sind auch grundsätzliche Ziele des Öffentlichkeitsgrundsatzes, wie z. B. die Kontrollfunktion von der Informationsfunktion überlagert worden – die mittelbare Medienöffentlichkeit spielt inzwischen eine wesentlich größere Rolle, als die unmittelbare Saalöffentlichkeit¹⁸, mit weitreichenden Folgen für den Angeklagten¹⁹.

Dennoch ist anerkannt, dass auch über zum Veröffentlichungszeitpunkt nicht erweislich wahre Tatsachen (Verdacht von Straftaten) berichtet werden darf²⁰, soweit die besonderen Grundsätze der Verdachtsberichterstattung²¹ eingehalten werden, die den Medien sehr weit entgegenkommen²². Wichtige Kriterien²³ sind dabei das Vorliegen eines besonderen Informationsinteresses der Öffentlichkeit²⁴, welches sich z. B. durch die Schwere der Straftat und die prominente Stellung des Betroffenen erhöhen kann²⁵, der Stand des Verfahrens (bzw. eine ausreichende Tatsachengrundlage)²⁶, eine sorgfältige Berichterstattung (der Richtigkeit amtlicher Pressemitteilungen darf vertraut werden)²⁷ oder das Alter des Verdächtigen²⁸. Nach neuerer Rechtsprechung besteht bei zulässiger, aber nachträglich unzutreffender Verdachtsberichterstattung lediglich ein Anspruch auf Nachtrag statt auf Richtigstellung.²⁹

bb) Öffentlichkeitsarbeit im Ermittlungsverfahren

Das strafrechtliche Ermittlungsverfahren ist hingegen grundsätzlich nicht öffentlich. Dem liegt neben dem Interesse an einem effektiven Strafverfahren auch und vor allem der Schutz des Betroffenen zugrunde³⁰. Allerdings wird auch hier im Vorfeld des Gerichtsverfahrens ein Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit anerkannt³¹. Die jeweiligen Landespressgesetze normieren deshalb einen Auskunftsanspruch für die »Presse« gegenüber den (Landes-)Behörden³². Gegenüber Bundesbehörden ergibt sich ein solcher Anspruch nach einer neueren Entscheidung des BVerwG direkt aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG³³. Ein solcher Anspruch kann sich auch aus dem Informationsfreiheitsgesetz ergeben. Folgt man der Auslegung des Art. 10 EMRK durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, ergibt sich sogar ein Recht auf Zugang zu Informationen (Einsichtsrecht)³⁴.

Dies hat zu einer Etablierung von Öffentlichkeitsarbeit durch die Ermittlungsbehörden geführt und stellt sie vor einen fortwährenden, schwer lösbaren Konflikt zwischen dem immensen Medieninteresse und dem Beschuldigteninteresse. Die

Öffentlichkeitsarbeit hat sich dabei an den Maßstäben der Verdachtsberichterstattung zu orientieren³⁵. Angesichts der Schwierigkeit dieser Aufgabe und des ungleichen Druckaufbaupotenzials von Medien und Beschuldigtem erstaunt es nicht, dass in vielen Fällen »eine stimmungsaufheizende Medienberichterstattung ... auf die Informationspolitik der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren«³⁶ übergreift. Der Betroffene kann versuchen dagegen vorzugehen, indem er die öffentlichen Mitteilungen der Strafverfolgungsbehörden gerichtlich überprüfen lässt, mit dem Ziel, die Aufhebung und den Widerruf der Mitteilungen zu erreichen. Er kann versuchen einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch und einen Anspruch auf Gegendarstellung geltend zu machen³⁷.

2. Rechtswirklichkeit und praktische Probleme bei der Durchsetzung des Schutzes

Vielfältige, weithin bekannte rechtliche und tatsächliche Probleme verhindern allerdings die tatsächliche Durchsetzung der soeben angeführten zahlreichen Rechte des Betroffenen. Der von der Rechtsordnung angedachte Ausgleich und Schutz wird in der Praxis kaum erreicht. Darüber hinaus überholt die technische und gesellschaftliche Entwicklung die geltende Rechtslage permanent.

Ein erstes großes Problem liegt bereits in der aufgezeigten Vielfalt an potenziellen Ansprüchen, einschlägigen Normen,

17 Neuling, Inquisition durch Information, 2004, S. 95.

18 Neuling, aaO. (Fn. 17), S. 97.

19 Ein bekannt gewordener Entwurf des Bundesjustizministeriums möchte die Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren weiter ausdehnen, vgl. dazu Franke, NJW 2016, 2618.

20 Auch die im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und in Art. 6 Abs. 2 EMRK verankerte Unschuldsvermutung sollte den Betroffenen schützen.

21 Vom BGH entwickelte Grundsätze, vgl. z. B. ZUM 2013, 565 – Wettermoderator; NJW 2000, 1036 m. w. N.; NJW 1977, 1288; EGMR NJW-RR 2010, 1483.

22 Franke, NJW 2016, 2618.

23 Siehe dazu: BeckOK InfoMedienR/Söder, BGB, § 823 Rn. 237 ff.; Fehner, aaO. (Fn. 7), S. 95 Rn. 79 ff.

24 BGH NJW 2014, 2029; EGMR NJW 2015, 1501.

25 EGMR NJW 2012, 1058. Maßgeblich ist nur der Inhalt des streitgegenständlichen Berichts, vgl. KG ZUM-RD 2012, 260.

26 OLG Dresden NJW 2004, 1181. Konkreter: BGH NJW 2014, 2029.

27 BVerfG ZUM 2010, 961; EGMR NJW 2012, 1058.

28 BVerfG NJW 2012, 1500.

29 Walter, K&R 2015, 111 f.

30 Gounalakis, NJW 2012, 1473.

31 Exemplarisch: Beschluss des VG Berlin ZUM-RD 2001, 43 ff.

32 Zum Beispiel: § 4 PresseG BW.

33 BVerwG NVwZ 2013, 1006.

34 Partsch, NJW 2013, 2858, 2860; EGMR, Urt. v. 25.6.2013, BeckRS 2014, 82041.

35 OLG Hamm, Urt. v. 14.11.2014, 11 U 129/13, juris; BGH NJW 1994, 1950.

36 Zu diesem Befund kommt Neuling, aaO. (Fn. 17), S. 218. Zur Untersuchung auf die sich dieser Befund stützt siehe S. 169 bis 217 ebenda.

37 Auch ein Anspruch auf Schadensersatz oder Geldentschädigung könnte sich aus § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG ergeben. Zum Ganzen: Neuling, aaO. (Fn. 17), S. 259 ff.

Anspruchsgegnern und Verfahrensarten. Die Rechtslage ist zudem in weiten Teilen nicht kodifiziert und besteht aus Richterrecht. Das macht den Rechtsschutz kompliziert, damit per se teuer und von vornherein nicht jedermann zugänglich.

a) Rechtliche Probleme bei der Durchsetzung der Rechte des Betroffenen

In Grenzfällen ist bereits die Entscheidung schwierig (und damit kostenintensiv), ob man sich bei einer Veröffentlichung im Einklang mit aktuell geltendem Recht befindet. Fast immer setzt daher ein Herdtrieb ein und oft wird unter Vernachlässigung der eigenen Prüfung ebenfalls veröffentlicht, was bereits an anderer Stelle veröffentlicht wurde³⁸. Es entsteht ein breiter Konsens des Üblichen und die Grenzen des Veröffentlichbaren verschieben sich faktisch immer weiter. Entsprechend wurde in letzter Zeit in einigen Urteilen der Schutz des Individuums weiter eingeschränkt³⁹.

Möchte der Betroffene das Bekanntwerden von Informationen verhindern und eine Berichterstattung vorab mit einem Unterlassungsanspruch unterdrücken, muss er das Vorliegen einer Begehungsfahrgefahr beweisen – etwa durch das Vorlegen eines bereits fertig formulierten, noch unveröffentlichten Presseartikels⁴⁰. Das wird ihm kaum jemals gelingen. Ist die Katze erst einmal aus dem Sack, nutzt in der Praxis auch der Gegendarstellungs- und Widerrufsanspruch wenig. Denn in der Realität wird ihm weder die gleiche prominente Stellung (Platzierung, Größe der Überschrift, Länge des Artikels) noch die gleiche Aufmerksamkeit eingeräumt. Außerdem wird die ursprüngliche Nachricht auch von anderen verbreitet, die Gegendarstellung in der Regel nicht (kein Herdtrieb). Der Nachrichtenwert der Gegendarstellung ist wesentlich geringer. Sie wird nur von wenigen zur Kenntnis genommen. Beim Widerrufsanspruch trägt überdies der Betroffene die Beweislast. Er muss die Unwahrheit einer Behauptung beweisen, also einen Negativbeweis führen⁴¹, was oft nicht oder nur durch Preisgabe weiterer (abweichender) Details aus der Privatsphäre möglich ist. Die Geltendmachung eines Schadensersatzes als Kompensation gestaltet sich noch schwieriger. Zum einen trägt auch hier der Geschädigte die Beweislast. Regelmäßig wird es ihm schon schwerfallen zu beweisen, dass genau jene Rechtsverletzung den konkreten Schadenseintritt kausal verursacht hat. Noch mühevoller ist es den tatsächlich eingetretenen Schaden zu beweisen, zumal der Geschädigte seinen vollen Gewinn oft nicht offenlegen wollen wird. Zum anderen gibt der Schadensersatz nur einen Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns, nicht auf weitere (indirekte) Verluste wie allgemeine Umsatzeinbußen. Wegen dieser Schwierigkeiten spielt dieser Anspruch in der Praxis tatsächlich auch nur eine untergeordnete Rolle⁴².

Eine Geldentschädigung wiederum wird nur selten und bei einem »unabwendbaren Bedürfnis« nach einer Kom-

pensation in Geld gewährt. Ein solches liegt gerade dann oft nicht vor, wenn der Betroffene sich selbst zuvor irgendwann einmal ins Licht der Öffentlichkeit gestellt hat⁴³, sei es auch notgedrungen, weil das Jobprofil es erfordert. Auch wenn sich eine Tendenz zur höheren Geldentschädigung ausmachen lässt⁴⁴, macht sie selten auch nur einen Großteil der Einbußen wett.

Ein entscheidender Faktor bleibt aber, dass die zivilrechtlichen Ansprüche in der Regel erst nach der Veröffentlichung der rechtsgutsverletzenden Informationen greifen. Die breite Öffentlichkeit ist damit bereits informiert und hat sich eine Meinung gebildet. Es wurden bereits »Fakten geschaffen«, von denen immer »etwas hängen bleibt«. Die negativen Folgen sind in Gang gesetzt. Gerade dann weisen die Ansprüche eine ganz besondere Tücke auf. Ein juristisches Vorgehen kann ebenfalls wieder Nachrichtenwert haben und birgt die Gefahr weiterer Berichterstattung, die der Betroffene gerade zu vermeiden versucht. Man denke nur an Kachelmanns zivilrechtlichen Prozessmarathon⁴⁵ nach dem eigentlichen Strafverfahren, der wiederum eng von der Presse begleitet wurde⁴⁶.

Im Rahmen eines Strafverfahrens gestaltet sich der tatsächliche Schutz der Privatsphäre besonders schwierig⁴⁷. Und § 353d StGB und § 169 Satz 2 GVG sind nur auf die Hauptverhandlung anwendbar. Gerade aber die Medienarbeit der Ermittlungsbehörden im Vorfeld der Hauptverhandlung spielt zunehmend eine größere Rolle mit gravierenden Folgen für den Beschuldigten – wie die Beispiele *Zumwinkel*, *Kachelmann*, *Benaissa* oder *Ganswindt* deutlich zeigen⁴⁸. In

38 Verstärkt wird dieser Effekt durch die Zulässigkeit der kritiklosen Übernahme von Recherchen aus einem anderen Bericht aus zuverlässiger (privilegierter) Quelle ohne eigene Recherche, vgl. Mollé, ZUM 2010, 331, 333; Lehr, NJW 2013, 729, 731.

39 Vgl. Schertz, NJW 2013, 721, Erläuterung der entsprechenden Urteile auf S. 724 ff. Etwa BGH ZUM 2013, 399; BGH ZUM-RD 2012, 583; BGH ZUM 2009, 753; BVerfG ZUM-RD 2012, 250; BVerfG ZUM-RD 2010, 317.

40 Fehner, aaO. (Fn. 7), S. 107 Rn. 105.

41 Danm/Rehbock, aaO. (Fn. 13), Rn. 903 ff.

42 Dazu: Prinz/Peters, Medienrecht, 1999, Rn. 713.

43 Fehner, aaO. (Fn. 7), S. 122 Rn. 148.

44 Gounalakis, NJW 2016, 737, 743 f.

45 U. a. diverse Unterlassungs-, Schadensersatz- (sowohl auf materiellen, als auch immateriellen Schaden) und verwaltungsgerichtliche Verfahren.

46 Zum Beispiel: <http://www.bild.de/news/2016/news/news-eilmeldung-kachelmann-48033590.bild.html>; <http://www.bild.de/news/aktuelles/gericht-verringert-entschaedigung-fuer-kachelmann-46766858.bild.html>; <http://www.bild.de/news/inland/joerg-kachelmann/prozess-geht-in-runde-zwei-44232670.bild.html>; <http://www.bild.de/news/inland/joerg-kachelmann/wettermoderator-fordert-schadensersatz-33190014.bild.html>; Stand: November 2016.

47 So tritt zum Beispiel der Schutz vor Namensnennung nach den Grundsätzen der Verdachtsberichterstattung zurück, sobald ein besonderes Informationsinteresse besteht, etwa der Betroffene einen gewissen Bekanntheitsgrad erlangt hat, vgl. BeckOK InfoMedienR/Söder, BGB, § 823 Rn. 242.

48 Trüg, NJW 2011, 1041. Weitere Fallbeispiele bei Lehr, NJW 2013, 729 f. Auch LG Wiesbaden NJW 2015, 2975.

der aus dieser Medienarbeit resultierenden Berichterstattung ist die auch hier geltende Unschuldsummutung durch standardhafte Floskeln oder Umformulierungen von Feststellungen zu Fragen zur bloßen Makulatur verkommen. Entlastende Umstände finden dann selten den Weg in die Meldungen. Neuling kommt in seiner ausführlichen Studie zu dem zutreffenden Schluss, dass die Belange des Beschuldigten im modernen Strafverfahren vor einer »Schädigung durch die vorurteilvolle Einflussnahme auf die öffentliche Meinung« nur unzureichend geschützt sind⁴⁹.

Ganz besonders problematisch sind gezielte Indiskretionen aus dem Bereich der Behörden, wie zum Beispiel Tipps über Ort und Zeitpunkt im Vorfeld einer Verhaftung⁵⁰. Sie können (Bild-)Material liefern, das zum Symbol wird und zur Stigmatisierung führen kann⁵¹, gegen welche sich nachträglich nicht ankommen lässt. Der Betroffene kann auch kaum dagegen vorgehen, weil er den Tippgeber nicht identifizieren können.

Als ein weiteres Instrument, eine uferlose Berichterstattung einzudämmen, ist der Pressekodex des deutschen Presserates gedacht. Es handelt sich dabei (lediglich) um eine freiwillige Selbstverpflichtung. Sie gilt jedoch nur für einen immer kleiner werdenden Teil der heutigen Medienlandschaft. Die (ohne selten gebrauchten) Sanktionsmaßnahmen des Presserates, wie die Missbilligung oder die Rüge, sind zudem kaum nachteilig für die sanktionierten Medien und entsprechend schwach in der Wirkung.

Ein weiterer zentraler Punkt ist, dass Vorverurteilungen theoretisch sogar möglich sind, wenn gar keine Rechtsverletzung vorliegt. Denn auch eine mit aktuellem Recht konforme Berichterstattung kann durch die Art und Weise, den Fokus, die Intensität und Verdichtung der Berichterstattung einen Eindruck entstehen lassen, der zu einer gesellschaftlichen Vorverurteilung mit den beschriebenen gravierenden Konsequenzen für den Betroffenen führt.

b) Tatsächliche Probleme bei der Durchsetzung der Rechte des Betroffenen

Werden die Informationen über das Internetnetzwerk verbreitet, ist der Betroffene noch mit ganz anderen, teils gravierenderen Problemen, vor allem tatsächlicher Natur konfrontiert.

So kann bereits das Auffinden und Identifizieren des Anspruchsgegners schwierig bis unmöglich sein. Zwar besteht in Deutschland eine Impressumspflicht, sie lässt sich aber nicht durchgehend durchsetzen, insbesondere dann nicht, wenn die veröffentlichende Website im Ausland gehostet wird. Ähnlich gestaltet sich die Situation, wenn,

was in der Praxis sehr häufig der Fall ist, der Dienstleistungsanbieter der zur Veröffentlichung genutzten Plattform (Internetforum, soziales Netzwerk) seinen Sitz im Ausland hat⁵². Auch das Datenschutzrecht hilft in diesen Fällen nicht weiter, weil der Anbieter sich darauf berufen wird, dass das deutsche Datenschutzrecht für ihn nicht gilt.

Gänzlich unmöglich wird das Identifizieren, wenn der Veröffentlichende die Möglichkeiten der technischen Maskierung und Anonymisierung (wie zum Beispiel Virtual Private Networks oder das TOR-Netzwerk) nutzt.

Zudem besteht im Internet ohnehin nur bei periodischen journalistisch-redaktionellen Angeboten ein Gegendarstellungsanspruch. Im Adressatenkreis der vielfältigen anderen Spielarten der Informationsverbreitung kann also gar nicht erst eine Richtigstellung verlangt werden.

Verbreiten sich Informationen viral, stellt sich bereits die Frage, wer überhaupt der Anspruchsgegner ist. Wird zum Beispiel bei Facebook eine Nachricht vielfach per »Like-Button« verbreitet und damit im gesamten Netzwerk in Umlauf gebracht, dürfte der jeweilige Klickende praktisch nur in den seltensten Fällen haftbar gemacht werden können, obwohl er zu einer starken Verbreitung der Information beigetragen hat.

Hat eine Information einen gewissen Nachrichtenwert, kursiert sie im digitalen Zeitalter sehr schnell. Die schiere Menge der potenziellen Anspruchsgegner stellt allein bereits ein bedeutendes Hindernis dar, die Verbreitung einer die Privatsphäre verletzenden Nachricht zu verhindern.

Zudem »vergisst das Internet nicht«, auch Jahre später lassen sich alte Meldungen noch auffinden. Der BGH ist in seiner Rechtsprechung zur Online-Archivierung ohnehin

49 Neuling, aaO. (Fn. 17), S. 273. Auch Bornkamm forderte bereits 1980 eine Beschränkung. Bornkamm, Pressefreiheit und Fairness des Strafverfahrens, 1980, S. 241 ff.

50 Boehme-Neßler, ZRP 2009, 229.

51 Als Beispiel mag die Durchsuchung des Privathauses von Klaus Zumwinkel wegen des Verdachts auf Steuerhinterziehung dienen, bei dem das Bild von ihm und der Staatsanwältin Margrit Lichtigagen sofort die Runde machte: <http://www.rp-online.de/wirtschaft/unternehmen/durchsuchung-bei-klaus-zumwinkel-bid-1.567793>, Stand: November 2016. Zumwinkel zog in der Folge wegen Telefonterror und Morddrohungen aus Deutschland weg, vgl. <http://www.berliner-kurier.de/news/ex-post-chef-zumwinkel-die-luxus-flucht-eines-steuerhinterziehers-5233034>, Stand: November 2016.

52 Facebooks (Facebook Ireland Limited, Facebook Inc., Kalifornien) Umgang mit »Hasskommentaren« steht derzeit im Zentrum einer heftigen Diskussion. Der Staatsanwaltschaft München sollen über 1.000 dokumentierte Fälle vorliegen, bei denen sich Facebook weigert, eklatant rechtswidrige Inhalte zu löschen, vgl. https://www.junit.de/images/PM_StA_Muenchen_1_eroeffnet_Ermittlungsverfahren_gegen_Facebook-Manager.pdf, Stand: November 2016.

relativ großzügig⁵³, auch wenn er in einer jüngsten Entscheidung die Online-Archivierung bei einer Einstellung des Strafverfahrens gemäß § 170 Abs. 2 StPO unter ausdrücklichem Verweis auf die Rehabilitierungsfunktion untersagte⁵⁴. Der EuGH hingegen hat bereits 2014 in einer aufsehenerregenden Entscheidung ein Recht auf Nicht-Anzeige bestimmter Suchergebnisse in einer Internet-Suchmaschine etabliert⁵⁵. In der Praxis nutzt dies allerdings kaum etwas. Selbst wenn Meldungen nicht mehr durch (einzelne) Suchmaschinen angezeigt werden, bleiben sie weiterhin online und abrufbar. Und selbst wenn sie direkt an der Primärquelle aus den Online-Archiven entfernt werden, bleiben sie über Plattformen wie archive.org oder archive.is, die als Archiv für große Teile des Internets fungieren, weiterhin (kostenlos und ohne Zugangsbeschränkung) verfügbar.

IV. Konsequenzen und Auswirkungen der unbefriedigenden rechtlichen Lösung

1. Konsequenzen für das Verhalten der Medien

Angesichts der rechtlichen und tatsächlichen Probleme bei der Durchsetzung der Rechte des Betroffenen gilt die juristische Unschuldsummutung in der aktuellen Medienlandschaft praktisch kaum. Eine gewisse Zurückhaltung in der Berichterstattung lässt sich nur in den seltensten Fällen beobachten. Bestimmte Adjektive wie »mutmaßlich« oder »vermeintlich« werden reichlich verwendet, um eine Haftung unwahrscheinlich werden zu lassen. Verbreitet ist zum Beispiel ein Kunstgriff bei dem pro forma nicht von dem eigentlichen Verdacht, sondern vielmehr von dem Dementi des Betroffenen berichtet wird. So betitelte etwa Spiegel Online am 11.2.2014 seine erste Meldung zur sogenannten »Edathy-Affäre« wie folgt: »Edathy bestreitet Kinderpornographie-Vorfälle.«⁵⁶ Damit wird der »Skandal« in gleicher Weise publik gemacht.

Den einzelnen Medienakteuren ist hierbei nur bedingt ein Vorwurf zu machen. Sie sind jeweils nur ein kleiner Teil der gesamten Medienmaschinerie. Im Bereich der neuen Medien ist die Haftungsgefahr gering und es fehlt an Problembewusstsein und einer entsprechenden Schulung. Die klassischen Medien unterliegen einem starken und wirtschaftlich wichtigen Publikationsdruck vonseiten der neuen Informationskanäle. Ist eine Skandalisierungsspirale erst entstanden, lässt sie sich kaum aufhalten. Ein kalkulierter Rechtsbruch für die Medienakteure ist aus ökonomischer Perspektive häufig leider sinnvoll. Der Rechtsbruch verursacht eben nur geringe Kosten. Der deutsche Presserat wird ohnehin selten tätig. Ein Imageverlust im Falle einer »Verurteilung« der Medienschaffenden ist für die einzelnen Publikationsorgane kaum spürbar. Die drohenden Schadensersatzforderungen sind

ebenfalls gering. Dem stehen deutlich höhere Einnahmen durch Auflagensteigerung oder Pay-per-Click-Werbung gegenüber. Zudem sind solche »Scoops« wertvolle Werbemaßnahmen.

2. Auswirkungen für den Betroffenen

Aufgrund des Verhaltens der Medien erfolgt eine Beweislastumkehr. Dem Beschuldigten muss nicht mehr die Schuld nachgewiesen werden, vielmehr muss er der Öffentlichkeit seine Unschuld beweisen. Kann er dies nicht sofort und umfassend, hat er geringe oder gar keine Möglichkeiten zu einer öffentlichkeitswirksamen Gegenwehr⁵⁷.

Eine unrechtmäßige öffentliche Vorverurteilung kann für den Betroffenen darüber hinaus zu noch schwerer wiegenden Kosten führen. Häufig wird die Karriere des Beschuldigten zerstört, er stirbt den »gesellschaftlichen Tod«. Eine Rehabilitierung nach Abschluss des Verfahrens gelingt in der Regel nicht, weil sie weniger skandalträchtig ist und daher nicht die gleiche Medienresonanz erzeugt, wie die vorhergehende Verdachtsberichterstattung. Der Makel der Vorverurteilung oder die Stigmatisierung bleibt haften. Das behauptete Fehlverhalten wird nicht mit einer bisher erfolgreichen beruflichen Leistung des Betroffenen abgewogen. Die Verdienstmöglichkeiten werden dadurch kurz- und auch langfristig erheblich beeinträchtigt. Zusätzliche Kosten entstehen auch für die Familie des Betroffenen, weil sie zwangsläufig in den Skandal hereingezogen wird.

53 BGHZ 183, 353 = ZUM 2010, 247 – Sedlmayer I; BGH ZUM 2011, 647; unter Umständen sogar Zulässigkeit der Online-Archivierung von identifizierender Berichterstattung bei Kleinkriminalität auch Jahre später (allerdings bei einer Einstellung des Strafverfahrens gemäß § 153a StPO), vgl. BGH ZUM-RD 2013, 63. Zum Falle schwerer Kriminalität: BGH ZUM 2010, 247; BGH ZUM 2013, 399 (gegenwärtig vor dem BVerfG: 1 BvR 16/13). Ausführlich zur Problematik und einem neuen Ansatz des OLG Hamburgs: Trentmann, MMR 2016, 731 ff.

54 Der BGH sieht in der Verfügbarkeit der Berichterstattung in einem Online-Archiv den Rehabilitationszweck von § 170 Abs. 2 StPO »konterkariert«, vgl. BGH ZUM-RD 2016, 434 Rn. 32, er bleibt aber bei seinem Grundsatz, dass die Meldung trotz Zeitablaufs in der Regel archiviert verfügbar bleiben darf, wenn die Erstmeldung rechtmäßig war, vgl. ebd. Rn. 34 und Rn. 39. Umgekehrt ist allerdings im Falle einer unrechtmäßigen Erstmeldung in der Regel auch das Bereithalten dieser Meldung im Online-Archiv unzulässig, vgl. ebd. Rn. 31. Etwas großzügiger hingegen wiederum der EGMR, der sich mit einer Anmerkung bzgl. des Ausgangs des Verfahrens zufrieden gibt, vgl. EGMR, Urt. v. 16.7.2013, BeckRS 2013, 15343.

55 EuGH ZUM 2014, 559.

56 Abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/edathy-weist-kinderporno-vorwurf-zurueck-a-952718.html>, Stand: November 2016.

57 Zu den rechtlichen und tatsächlichen Problemen der Gegenwehr siehe ausführlich oben.

Selbst im Falle eines tatsächlichen Fehlverhaltens wird der grundsätzliche Gedanke der Sühne, die die Schuld aufwiegen soll, unterlaufen. Dem Ziel der Resozialisierung folgend, unterliegen Einträge im Bundeszentralregister bestimmten Tilgungsfristen. Ältere Einträge müssen gelöscht werden und dürfen nicht mehr im Führungszeugnis erscheinen. Für die modernen Medien gilt dieses Prinzip nicht. Die Meldungen sind auch Jahre später noch leicht nachlesbar⁵⁸.

3. Auswirkungen für die Gesellschaft

Neben den Kosten für die Betroffenen entstehen vor allem bedeutende Kosten für die Gesellschaft.

Exponierte Personen (vom Politiker bis zum Manager), die Gefahr laufen könnten, in den Fokus der Öffentlichkeit zu geraten, passen ihr Verhalten an. Sie agieren eher »politisch korrekt«, werden weniger aktiv tätig und wenden viel Energie auf, »brisante« Zustände zu vermeiden (»work to rule«)⁵⁹. Sie wählen nicht die beste, sondern die sicherste Lösung eines Problems. Die Arbeit wird ineffizient erledigt, denn ein beträchtlicher Teil der Tätigkeit wird zur Absicherung aufgebracht. Insbesondere sinkt die Innovationsbereitschaft und -fähigkeit, weil sie besonders skandalgefährdet ist⁶⁰.

Exponierte Personen fordern zur Absicherung ihrer Tätigkeit immer mehr Vorschriften, begleitende Gremien und Rückversicherungen anderer Art. Damit werden die Bürokratie und Transaktionskosten aufgebläht und die Transaktionskosten gesteigert.

Es besteht auch die Gefahr des Missbrauchs der Berichterstattung. Sie kann genutzt werden, um missliebige Personen und unbequeme Meinungen loszuwerden. Im Karrierebewerb können damit Konkurrenten beseitigt werden. Der Anreiz des Missbrauchs wird durch die Möglichkeit, den Verdacht anonym äußern zu können, erhöht. Online lässt sich die Herkunft der Publikation verschleiern und die Impressumspflicht bzw. Anbieterkennzeichnung umgehen. Offline gewährt der journalistische Informanten- und Quellenschutz Sicherheit. Geeignete Personen werden so unter Umständen durch weniger Geeignete ersetzt. Damit entsteht ein Klima des Misstrauens, welches ebenfalls höhere Transaktionskosten verursacht.

Nicht jeder ist bereit, sich dieser Gefahr auszusetzen, die notwendigen Adaptionen vorzunehmen und die erforderliche Öffentlichkeitsarbeit (auf Kosten der Sacharbeit) zu leisten. Es kommt zu einer starken Selbstselektion im Bereich potenziell exponierter Posten und Stellen. Nicht die für die Sacharbeit qualifizierteste Person übt die Tätigkeit aus, sondern die im Spiel mit den Medien versierteste.

V. Bisherige Vorschläge zur Lösung des Konflikts

Weil die herrschende Rechtslage in der Praxis teilweise unbefriedigend ist und das Spannungsverhältnis zwischen Informations-/Pressefreiheit und Persönlichkeitsschutz unzureichend oder gar nicht löst, wurden in der Literatur einige Vorschläge zur Lösung des Konflikts gemacht. Auf sie soll hier kurz eingegangen werden.

– Weitergehende gesetzliche Regulierung des Verhaltens der Medienakteure

Die Möglichkeiten der Medienakteure können in irgendeiner Form eingeschränkt werden. So möchte *Stürmer* als ein Beispiel von vielen die Sitzungsbefugnisse der Gerichte (§§ 176 ff. GVG) außerhalb des Sitzungsbereichs erzeugte Störungen und somit auf die Träger der öffentlichen Meinung erweitern⁶¹.

Derartige und ähnlich gelagertes Einwirken auf die Medienakteure birgt große Gefahren in sich und wird deshalb zu Recht fast einhellig verworfen⁶². Mit Gesetzen, die das Verhalten der Medienprotagonisten tiefergehend einschränken, ist immer auch eine Einschränkung der Pressefreiheit verbunden. Die Vorgänge sind zu komplex, um eindeutig und trennscharf gesetzlich geregelt zu werden. Das Missbrauchspotenzial ist enorm. Angesichts der Bedeutung des Rechtsgutes Pressefreiheit und der wichtigen Funktion für eine freiheitliche demokratische Grundordnung erweist sich dieser Ansatz als ungeeignet.

– Übernahme des anglo-amerikanischen Rechtsinstituts des »Contempt of Court«

Anglo-amerikanische Rechtsinstitute wie zum Beispiel der »Contempt of Court«⁶³ oder »Sequestration«⁶⁴ könnten ins deutsche Rechtssystem übernommen werden. »Contempt of Court« verbietet u. a. Worte und Aktionen, die geeignet sind, die Rechtspflege zu stören⁶⁵. Diese Rechtsinstitute zielen vor allem darauf ab, ein faires und unbeeinflusstes Verfahren zu garantieren⁶⁶. Ein entscheidender Unterschied zwischen dem anglo-amerikanischen

58 Der BGH lässt inzwischen auch die Online-Archivierung von identifizierender Berichterstattung bei Kleinkriminalität auch Jahre später noch zu, vgl. BGH ZUM-RD 2013, 63. Im Falle schwerer Kriminalität bereits länger: BGH ZUM 2010, 247.

59 Vorverurteilungen vermindern die Lebenszufriedenheit und führen so zu Dienst nach Vorschrift, vgl. *Brinkmann/Stapf*, Innere Kündigung, 2005.

60 *Dolan/Metcalf*, Research Policy 2012, Vol. 41, 1498; *Amabile*, California Management Review 1997, Vol. 40, 39.

61 *Stürmer*, JZ 1978, 168 f.

62 Beispielhaft: *Roxin*, NSZ, 1991, 155.

63 So wurde eine solche Übernahme im E 1962 von der großen Strafrechtskommission erwogen, vgl. BT-Dr. 10/4608, S. 14.

64 *Hassemer*, NJW 1985, 1925.

65 *Soehring*, GRUR 1986, 525.

66 *Pomrin*, ZUM 2008, 44.

und dem deutschen Rechtssystem besteht allerdings darin, dass Ersteres in den relevanten Fällen auf Jury-Entscheidungen (ohne Begründungen), Letzteres aber auf Entscheidungen von Berufsrichtern basiert⁶⁷. Im deutschen Rechtssystem bestehen daher keine Gefahren vergleichbaren Ausmaßes für ein faires Verfahren durch eine medial manipulierte Beschlussfassung seitens der Entscheidungsträger. Weil im deutschen System des Prozessrechts strenge Grundsätze für Zuständigkeiten und Verfahrensabläufe gelten, wären solche flexiblen und von Interessenten ausnutzbaren Rechtsinstitute vermutlich kontraproduktiv⁶⁸. Zudem zielt das Rechtsinstitut in seiner Schutzrichtung nur auf den Schutz des Gerichtsverfahrens, nicht aber auf den Schutz des betroffenen Individuums ab. Setzte man es zur Restriktion der öffentlichen Berichterstattung ein, liefe man wiederum Gefahr, die Pressefreiheit einzuschränken und gegen das Grundgesetz zu verstoßen⁶⁹.

– »Faire« Öffentlichkeitsarbeit im Ermittlungsverfahren⁷⁰ oder Einschränkung der Verdachtsberichterstattung

Es wurde mehrfach vorgeschlagen, die Möglichkeit der Verdachtsberichterstattung, wenn nicht zu verbieten, so doch einzuschränken und von weiteren Voraussetzungen abhängig zu machen⁷¹.

Es gibt Überlegungen ein »fares Kräfteverhältnis« zwischen Beschuldigtem und der Staatsanwaltschaft durch eine restriktivere Öffentlichkeitsarbeit im Ermittlungsverfahren mit Maßnahmen zu erreichen, wie zum Beispiel, dem Betroffenen Rechtsschutz gegen Einleitungs- und Aufrechterhaltungsentcheidungen zu gewähren⁷² oder eine Regelung für faire Öffentlichkeitsarbeit einzuführen⁷³. Es wurde auch vorgeschlagen, eine gesetzliche Regelung einzuführen, die es ermöglicht, einen befangenen Staatsanwalt, der den Objektivitätsgrundsatz gemäß § 160 Abs. 2 StPO verletzt, abzulösen⁷⁴. Während Letzteres vom Bundesverfassungsgericht abgelehnt wird, kann auch Ersteres nicht ohne die schwierige und demzufolge sehr unterschiedlich gehandhabte Abwägung zwischen öffentlichem Informationsinteresse und dem Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten auskommen. Zudem betrifft der Lösungsvorschlag nur einen kleinen, wenn auch wichtigen Teilaspekt der gesamten Problematik.

– Strafender Charakter des Schadensersatzes/höhere Geldentschädigung

Ein deutlich höherer Schadensersatz könnte eine abschreckende Wirkung auf die Medienakteure ausüben. Zwar lässt sich eine Tendenz in der deutschen Rechtsprechung zu leicht erhöhten Geldentschädigungen feststellen, Entschädigungszahlungen, »die in den Vorstandsetagen der Medienkonzerne tatsächlich bemerkt werden«⁷⁵, wie etwa zuletzt im Fall *Kachelmann*⁷⁶ oder bei Prinzessin Made-

leine⁷⁷ bleiben jedoch singuläre Ausnahmen⁷⁸. Die Entschädigungen sollten sich an der Leistungsfähigkeit bzw. den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Schädigers orientieren⁷⁹. Insbesondere wirtschaftliche Überlegungen zu Vorverurteilungen sollen so durchkreuzt werden. Einen solchen strafenden Schadensersatz kennt das deutsche Schadensersatzrecht nicht. Eine Umstellung nur im Bereich des Schutzes der Privatsphäre ist systemisch nicht umsetzbar. Vielmehr müsste im Bereich des gesamten Schadensersatzrechts ein vollständiger Systemwechsel stattfinden. Ein solcher Bruch mit der bestehenden Rechts tradition ist sehr unwahrscheinlich.

Höhere Geldentschädigungen⁸⁰ (als immaterieller Schadensersatz) innerhalb des bestehenden Systems hätten allein nur einen geringen Effekt, weil sie ohnehin nur selten überhaupt gewährt werden⁸¹ und viele moderne Medienakteure in der Praxis gar nicht betreffen⁸².

– Reform des deutschen Presserates

Das aktuelle System des deutschen Presserates und des Pressekodex könnte verbessert werden. So hat der Presserat im März diesen Jahres neue Online-Richtlinien vorgestellt⁸³. Ein Erfolg ist jedoch deshalb zweifelhaft, weil es beim Institut des Presserates nur um moralische Empfehlungen geht, ohne weitergehende Verpflichtungen oder Anreize, die entsprechend oft übertreten werden⁸⁴. Letztendlich handelt es sich nur um einen Ehrenkodex. Ein Verstoß zieht in der Regel keine spürbaren Folgen nach sich. Angesichts des starken wirtschaftlichen Konkurrenzdrucks zwischen den Medien lässt sich kaum ein genügend starker Anreiz schaffen, auf

67 *Soehring*, GRUR 1986, 526.

68 *Hassemer*, NJW 1985, 1927.

69 *Soehring*, GRUR 1986, 526.

70 Zu diesem Problemkreis bereits oben ausführlich unter III. 1. b) bb) Öffentlichkeitsarbeit im Ermittlungsverfahren.

71 Zum Beispiel *Trüg*, NJW 2011, 1040; *Altenhain*, NJW-Beil. 2016, 37.

72 *Neuling*, aaO. (Fn. 17), S. 288 ff.

73 *Neuling*, aaO. (Fn. 17), S. 311 ff.

74 Exemplarisch: *Arloth*, NJW 1983, 207 ff.; *Hackner*, Der befangene Staatsanwalt im deutschen Strafverfahrensrecht, S. 87 ff.

75 *Prinz*, ZRP 2000, 144.

76 OLG Köln BeckRS 2016, 12714; LG Köln ZUM-RD 2016, 30.

77 OLG Hamburg GRUR-RR 2009, 438.

78 Vgl. *Slizyk*, Beck'sche Schmerzengeld-Tabelle, Persönlichkeitsverletzung Ehre, IMM-DAT Stand: 12.10.2016.

79 So bereits *Prinz*, ZRP 2000, 144. Anders die Bemessungsfaktoren des BGH, vgl. BGH ZUM-RD 2014, 145.

80 Dazu: *Gounalakis*, NJW 2016, 737.

81 Dazu bereits unter: III. 2. a) Rechtliche Probleme bei der Durchsetzung der Rechte des Betroffenen.

82 Dazu bereits unter: III. 2. b) Tatsächliche Probleme bei der Durchsetzung der Rechte des Betroffenen.

83 Pressemitteilung vom 11.3.2015. Abrufbar unter: http://www.presserat.de/presserat/news/premissemitteilungen/datum/2015_November_2016.

84 *Roxin*, NSZ, 1991, 156.

Vorverurteilungen zu verzichten. Zudem gehören viele (wichtige) Medienakteure dem deutschen Presserat gar nicht an.

– Die »Shitstorm-Versicherung«

Einige große Versicherungskonzerne bieten neuerdings eine Art »Shitstorm-Versicherung« an bzw. erwägen, eine solche anzubieten. Sie soll vor Ruf- und Imageschädigungen schützen und Reputationsrisiken abfedern⁸⁵. Abgedeckt werden dabei vor allem die Kosten für die Beratung und die Kommunikation im Krisenfall⁸⁶. Diese Kosten stellen aber höchstens einen Teil der gesamten Kosten für den Betroffenen dar. Insbesondere Folgekosten, wie ein künftiger Verdienstausschlag, können sehr viel höher sein und sind mit den Standard-Prognosemodellen der Versicherungen nur schwer zu fassen. Auch hängt der Eintritt des Krisenfalls stark von einem kaum berechenbaren zukünftig auftretenden Zufall ab. Das macht eine Police, die umfanglichere Schäden abdeckt, für den Anbieter wenig verlockend. Überdies legen die Versicherungsanbieter den Fokus auf Unternehmen als Versicherungsnehmer, nicht auf Privatpersonen.

Das Hauptproblem einer Versicherungslösung liegt aber im Crowding-Out-Effekt, also dem Verdrängen der intrinsischen Motivation durch monetäre Anreize. Die Medien könnten eine solche Versicherung als Pseudoschein für ihre Berichterstattung auffassen und jegliche Zurückhaltung aufgeben.

VI. Lösungsansatz: »Ausgleichsfonds für Opfer von Vorverurteilungen«

Trotz der beständigen Suche, ist eine befriedigende Lösung des Konflikts nicht in Sicht. Zumindest in der medialen Praxis scheint ein sorgsames Austarieren der sich gegenüberstehenden Rechtsgüter nicht durchsetzbar. Effektivere Maßnahmen laufen Gefahr, das fundamentale Grundrecht der Pressefreiheit einzuschränken und sind nicht erstrebenswert. Eine Vorverurteilung verursachende, unangemessen frühzeitige und/oder nicht fundierte Berichterstattung lässt sich demnach derzeit, ebenso wenig wie der begleitende »Shitstorm«, in angebrachter Weise wirksam verhindern⁸⁷.

Erstrebenswert scheint es dennoch, die Folgen für die Betroffenen zu mindern und so insbesondere die negativen Auswirkungen auf die Gesellschaft zu reduzieren, wenn sich die Vorverurteilung im Nachhinein als Unrecht erweist. Vielleicht lässt sich die Problematik in der Rechtssphäre angesichts der gegensätzlichen, jeweils an sich positiven rechtspolitischen Ziele überhaupt nicht befriedigend lösen. Dann sollte auf der Sekundärebene nach einem gänzlich anderen Lösungsansatz gesucht werden.

Wenn das Rechtsgut des Einzelnen aus übergeordneten Gründen nicht effektiv vor einer Verletzung geschützt werden kann, muss zumindest ein Weg gefunden werden, die Versäumnisse der rechtlichen Ebene anderweitig auszugleichen. Die Kosten des Betroffenen sind zu kompensieren und damit die negativen gesellschaftlichen Folgen abzumindern.

1. Lösungskonzept des Ausgleichsfonds

Die Konzepte des deutschen Presserates und der Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen (EdW) könnten aufgegriffen, zusammengeführt und erweitert werden. Es würde ein »Ausgleichsfonds für die Opfer von Vorverurteilungen« eingerichtet werden⁸⁸. Einzahlen würden alle Medienakteure in Form einer Art Sonderabgabe. Aus diesem Fonds wären dann Kompensationszahlungen an die Opfer ungerechtfertigter Vorverurteilungen zu entrichten. Wie der Presserat handelte es sich um ein Selbstkontrollorgan mit einem Verhaltenskodex, wie bei der EdW könnten den Betroffenen die entstandenen Kosten schnell und unbürokratisch erstattet werden.

Die Teilnahme als Akteur an der heutigen Medienlandschaft mit der Pflicht der permanenten und schnellen Nachrichtenproduktion impliziert gleichzeitig die latente Gefahr einer ungerechtfertigten Vorverurteilung. Ähnlich der Pauschalabgabe im Bereich Urheberrechtlich geschützter Waren und Güter (z. B. DVD-Rohlinge)⁸⁹ oder der verschuldensunabhängigen Haftung bei Betrieb einer Gefahrenquelle⁹⁰ ziehen die Medienakteure den (wirtschaftlichen) Nutzen aus der Informationsverbreitung, deshalb müssen sie auch für entstandene Schäden einstehen.

Der Anreiz für die einzelnen Medienakteure, einen solchen Ausgleichsfonds trotz der anfallenden Kosten mitzutragen, könnte in zwei Gründen bestehen. Zum einen generiert es Glaubwürdigkeit, ein immer wichtiger werdendes Gut – zumal derzeit ganz offensichtlich ein nicht unerheblicher Teil der Bevölkerung das Vertrauen in die

85 <http://www.faz.net/-gw5-7shch> Stand: November 2016. <http://www.wiwo.de/unternehmen/versicherer/versicherung-axa-versichert-gegen-rufschaedigung-im-netz/9904382.html> Stand: November 2016.

86 <https://www.axa.de/presse/cyber-versicherung-mittelstand> Stand: November 2016.

87 Dafür braucht es auf lange Sicht auch einen geschulten Umgang mit der Informationsflut und den Filterblasen (Medienkompetenz) und eine geänderte gesellschaftliche Perzeption und Bewertung von öffentlichen Handlungen.

88 Vgl. auch Frey/Ulbrich, Shitstorms in sozialen und klassischen Medien, in: Waldburger/Sester/Peter/Baer (Hrsg.), Law & Economics – FS für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, S. 529 ff.

89 §§ 54 ff. UrhG. Zu den Tarifen: <https://www.zpue.de/tarife-formulare.html> Stand: November 2016.

90 Z. B. § 7 Abs. 1 StVG, § 1 UmwTelHaftG, § 1 HPlfG.

journalistischen Medien verliert oder bereits verloren hat. Zum anderen könnte es einschneidendes Handeln des Gesetzgebers verhindern.

2. Ziele des Ausgleichsfonds

Neben dem bereits angesprochenen Ausgleich der Kosten des Betroffenen wird noch ein weiteres Ziel verfolgt.

a) Ausgleich der Kosten des Betroffenen

Die vom Ausgleichsfonds erhaltenen Mittel kann der Betroffene vielfältig verwenden, um, soweit möglich, einen Zustand zu erreichen, der dem vor der unrechtmäßigen Vorverurteilung gleicht. Er kann damit zunächst seinen (zukünftigen) Lebensunterhalt bestreiten. Er kann die Mittel aber auch verwenden, um ein Verfahren gegen (weitere) Medienakteure zu führen und den Schutz seiner Privatsphäre tatsächlich durchzusetzen. Er kann versuchen, die Zahlung des Fonds für die Wiederherstellung seiner Reputation einzusetzen, indem er zum Beispiel einen PR-Berater engagiert oder eine »positive Werbekampagne« lanciert. Auch wäre es denkbar, dass er die Mittel spendet, wenn er etwa die Wiederherstellung seiner Glaubwürdigkeit erreichen möchte.

b) Soziale Kontrolle der Medienakteure untereinander

Das zweite Ziel des Ausgleichsfonds besteht darin, einen stärkeren Anreiz zu schaffen, sich dem Pressekodex gemäß zu verhalten und eine Vorverurteilung verursachende Berichterstattung zu vermeiden. Die Entscheidung des Fonds erfolgt mit zeitlichem Abstand zu der Berichterstattung. Bei dieser Ex-post-Betrachtung kann sich herauskristalisieren, dass die Skandalisierungsspiralen vermehrt von spezifischen Medien ausgelöst werden. Ist vor allem ihre Berichterstattung ursächlich für die allgemeine Berichterstattung, sind auch sie für die Verschwendung der Mittel des Fonds verantwortlich⁹¹. Entsprechend werden die anderen Medienakteure Druck auf diese ausüben. Die finanzielle Komponente des Ausgleichsfonds könnte einen wirksameren Gegenpol zum wirtschaftlichen Druck bilden als ein reiner Ehrenkodex.

c) Gefahr: Verdrängung der intrinsischen Motivation

Durch einen solchen Fonds könnte eine vornehmlich intrinsische Motivation der Publikationsorgane (Einhaltung des Pressekodex) durch die Entrichtungen an den Fonds untergraben werden. Es könnte sich die Ansicht durchsetzen, dass durch die Zahlungen etwaige unrechtmäßige Vorverurteilungen quasi abgegolten sind, entsprechend auch keine angemessene Rücksicht mehr zu nehmen ist.

3. Ausgestaltung des Ausgleichsfonds im Einzelnen

a) Beitragszahler für den Ausgleichsfonds

Angesichts der sich verändernden Medienlandschaft ist es notwendig, die Einzahler über die Mitglieder des Presserates hinaus auf sämtliche Medienakteure auszudehnen. Unproblematisch ließe sich der Kreis von den Printmedien auf Radio und Fernsehen erweitern. Die Einbeziehung der Telemedien gestaltet sich jedoch schwieriger.

– Social-Media-Betreiber

Social-Media-Betreiber stellen die Infrastruktur bereit, die ebenfalls oder zusätzlich eine schnelle Ausbreitung von anderweitig produzierten Nachrichten und eigenen Ansichten ermöglicht. Sie sind so an der Bildung der öffentlichen Meinung beteiligt. Zudem gehört das Sammeln von Informationen über die Mitglieder (und nichts anderes sind Meinungsäußerungen oder Nachrichtenempfehlungen der Mitglieder) zu ihrem Kerngeschäft. Sie profitieren wirtschaftlich, weshalb sie auch an den Folgen beteiligt werden müssen. Es empfiehlt sich somit eine Beschränkung auf Plattformen mit Gewinnerzielungsabsicht. Auch sollten nur Social-Media-Betreiber ab einer bestimmten Mitgliederzahl (Reichweite) einbezogen werden.

– Blogger, Betreiber nachrichtenrelevanter Homepages

Sinnvoll wäre es, Blogger und Betreiber nachrichtenrelevanter Homepages ab einer bestimmten Reichweite einzubeziehen. Gemessen würde die Reichweite durch die Anzahl der Klicks und ein Grenzwert könnte festgelegt werden. Angesichts der hohen Anzahl an relevanten Betreibern, der leichten technischen Verschleierungsmöglichkeit und des hohen Verwaltungsaufwandes erscheint ein solches Vorgehen aber nicht unbedingt praktikabel. Geeigneter wäre das Einzahlen auf freiwilliger Basis. Entrichtet ein Homepage-Betreiber freiwillig einen Beitrag an den Ausgleichsfonds, erhielte er ein Gütesiegel (»Verantwortung im Journalismus«) für seine Homepage und natürlich ein Stimmrecht⁹² im Rat.

b) Höhe und Ausgestaltung des einzuzahlenden Beitrags

aa) Beiträge in Abhängigkeit von früher »Kostenverursachung«

Die Höhe des Beitrags des einzelnen Medienakteurs könnte man an den in der Vergangenheit begangenen

91 Zur Verwendung der nicht ausgezahlten Mittel des Fonds siehe unten.

92 Dazu siehe unten unter: c) Zusammensetzung des »Entscheidungsorgans«.

Rechtsverletzungen ausrichten. Wer höhere Kosten verursacht, muss auch mehr einzahlen. So entstünde ein starker Anreiz, sich gemäß dem Kodex zu verhalten. Allerdings stößt man dabei auf erhebliche praktische Hürden. Es wird bereits sehr schwer werden, die genauen Kriterien festzulegen, die einen Verursacher ausmachen. Sollen das zum Beispiel nur der Erstbericht sein, oder alle Akteure mit tendenziöser Berichterstattung? Auch eine Abstufung zwischen den einzelnen Medienakteuren nach der Schwere der unrechtmäßigen Vorverurteilung scheint unmöglich. Zudem zöge der Verwaltungsaufwand zu hohe Transaktionskosten nach sich.

bb) Beiträge in Abhängigkeit von Reichweite und Umsatz

Die Beitragszahlungen sollten deshalb in Abhängigkeit vom Umsatz des einzelnen Medienakteurs bestimmt werden. Denn der Umsatz lässt auf die Größe des wirtschaftlichen Vorteils, den ein Akteur aus der Nachrichtenvermittlung zieht, schließen. Gleichzeitig trifft der Umsatz zum Beispiel über die Mitgliederbeiträge oder die generierten Werbemaßnahmen eine Aussage über die Reichweite des Mediums. Je höher der wirtschaftliche Vorteil und die Reichweite, desto höher sollten die Beiträge sein. Es gilt einen speziellen Verteilungsschlüssel zu entwickeln. Für die kleinen freiwilligen Einzahler würde ein niedriger Mindestbeitrag festgelegt.

cc) Versicherungsähnliche Ausgestaltung

Denkbar ist es, die Höhe des Beitrags an die Mittelausschöpfung des Fonds zu koppeln. Würden die Mittel des Fonds nicht aufgebraucht, säßen die Beiträge im Folgejahr. Bei einer allgemeinen kodexgemäßen Berichterstattung ergäben sich finanzielle Vorteile für jeden Einzelnen in Form von niedrigeren Beiträgen. Allerdings handelt es sich bei dem Ausgleichsfonds um ein Selbstkontrollorgan. Es bestünde die Gefahr, Betroffene von Vorverurteilungen nicht als solche anzuerkennen, um die Mittel des Fonds nicht auszureizen. Die eigentliche Aufgabe des Ausgleichsfonds würde so erschwert.

c) Zusammensetzung des »Entscheidungsgremiums«

Das Entscheidungsgremium sollte aus zwei Organen bestehen. Der »Rat« repräsentiert die Gesamtheit der Medienlandschaft, eine Expertenkommission trifft die konkreten Entscheidungen über die Auszahlung der Mittel an die Betroffenen.

aa) Der »Rat«

Im Rat sind zum einen die einzahlenden Medienakteure vertreten. Die Stimmen sollten nach Höhe des Einzahlungsbetrages gewichtet werden. Je nach Art der Organi-

sation der Ratstreffen können im Rat alle Medienakteure sitzen; alternativ wählen die Medienakteure für jede Branche (Print, Funk, Fernsehen, Online-Publikation, Social Media, Blogosphäre) eine festzulegende Anzahl von Vertretern und entsenden diese in den Rat.

Zum anderen müssen im Rat die potenziellen Opfer vertreten sein. Potenzielles Opfer kann die ganze Bevölkerung sein, weil natürlich alle potenziell betroffen sind. Ähnlich den ehrenamtlichen Richtern (Schöffen) kann man sich für die Rolle als Bevölkerungsvertreter bewerben. Sollten sich nicht genügend Personen bewerben, würden sie durch Zufall bestimmt und angefragt, bis sich genügend Bevölkerungsvertreter bereit erklärt hätten.

bb) Expertenkommission

Die Expertenkommission ist ein unabhängiges Gremium. Ihr fällt die eigentliche Beschlussfassung über die Verwendung der Mittel des Ausgleichsfonds zu. Aus der Mitte des Rates werden die Angehörigen der Expertenkommission vorgeschlagen und vom Rat gewählt. Für die Wahl der Angehörigen könnten bestimmte Quoten (Berufsgruppe, Geschlecht) festgelegt werden.

d) Antragsteller

Ein Antrag auf Kostenausgleich durch den Fonds sollte nur Einzelpersonen gestattet werden. Personenvereinigungen und Kapitalgesellschaften stehen in der Regel zusätzliche Ressourcen und Möglichkeiten zur Verfügung. Sie können auf andere Art und Weise Gegenwehr leisten. Auch wenn ein »Unternehmenspersönlichkeitsrecht«⁹³ existiert, sind sie nicht in gleichem Maße schutzwürdig. Es kann die Parallele zur EdW gezogen werden, die nur dem Kleinanleger einen gewissen Mindestschutz gewähren möchte⁹⁴.

e) Kriterien des Eintritts des Ausgleichfalles

Die Expertenkommission sollte ihre Entscheidung über die Gewährung von Mitteln aus dem Fonds an konkrete Kriterien binden. Folgende Voraussetzungen müssten erfüllt sein, damit einem Antragsteller die Kosten der Vorverurteilung ersetzt werden könnten:

1. Es muss zunächst eine Vorverurteilung vorliegen. Die vier Kriterien des Phänomens (das auslösende Ereignis/Verfahren, die frühe mediale Berichterstattung, die direkte Folge für die Betroffenen und der Kausalzusammenhang)⁹⁵ müssen erfüllt sein.

2. Die Vorverurteilung muss zu Unrecht erfolgt sein, nicht aber zwingend das Persönlichkeitsrecht des Antragstellers verletzt haben. Das unterscheidet den Fonds auch grundlegend vom rechtlichen Instrumentarium. Dieser Punkt wird vermutet, wenn nachträglich ein Freispruch im offiziellen Verfahren erging.

3. Dem Antragsteller sind in Folge der Vorverurteilungen entstandene Kosten zu ersetzen. Die konkrete Höhe muss gerade nicht nachgewiesen werden, sondern wird vermutet und nach einem speziellen Verfahren berechnet⁹⁶.

4. Mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit dürfen die direkten Folgen für den Betroffenen nicht nur von kurzer Dauer sein. Die Expertenkommission könnte dies mithilfe einer Prognose beurteilen (z. B. Wahrscheinlichkeit eines dauerhaften Karriereendes in diesem Bereich). Eine gewisse Schwelle der Eingriffsintensität (Bagatelgrenze) sollte überschritten werden, um Fälle mit geringen Auswirkungen auszuschließen.

f) Höhe der Ausgleichszahlung

Die Auswirkungen von Vorverurteilungen können, wie bereits ausgeführt, schwerwiegend und von langer Dauer sein. Vorgeschlagen wird, parallele Karriereentwicklungen über einen Zeitraum von zehn Jahren zu analysieren⁹⁷ und auf dieser Grundlage die Kosten für den Leidtragenden abzuschätzen. Auch andere Faktoren wie Wertverluste oder Umzugskosten könnten mit einbezogen werden. Weil die Kosten je nach Lagerung des konkreten Einzelfalles sehr hoch werden können, sollte die Ausgleichszahlung auf einen (hohen) Maximalbetrag begrenzt werden.

g) Verwaltung der Mittel des Ausgleichsfonds

Werden die Mittel des Ausgleichsfonds mangels bewilligungsfähiger Anträge nicht ausgeschöpft, bestünde die Möglichkeit, die Restmittel des Fonds den Beitragszahlern zu erstatten. Analog zur oben angesprochenen versicherungsähnlichen Ausgestaltung⁹⁸ besteht aber auch hier die Gefahr, einen falschen Anreiz für die Beitragszahler zu schaffen, die Auszahlung der Gelder generell zu erschweren.

Erstrebenswerter erscheint es einen bestimmten Anteil der übriggebliebenen Fondsmittel zu sichern, für den Fall, dass im Folgejahr mehr Mittel benötigt werden. Der Rest sollte für Investitionen in die allgemeine Me-

dieninfrastruktur genutzt werden, die allen Akteuren zugute kommen. So könnte ein Mittelweg gefunden werden, die soziale Kontrolle der Medienakteure untereinander zu erhöhen, weil eine Verschwendung der Mittel für jeden Einzelnen Nachteile hätte. Die Vorteile für den Einzelnen wären aber nicht konkret genug, um einen Anreiz zu schaffen, die Auszahlungen des Fonds generell zu erschweren. Gleichzeitig könnte das Problem der Verdrängung der intrinsischen Motivation abgeschwächt werden, weil die Entrichtungen an den Fonds nicht nur als Abgeltung für unrechtmäßige Vorverurteilungen betrachtet werden könnten, sondern für die Publikationsorgane auch positive Aspekte eine Rolle spielen.

Reichen die Mittel des Ausgleichsfonds nicht aus, so muss er in der Lage sein einen Kredit aufzunehmen. Der fehlende Betrag muss im folgenden Jahr durch Sonderzahlungen ausgeglichen werden.

VII. Zusammenfassung

Der technische Fortschritt und der Wandel der Medienlandschaft führen im Kampf um Einnahmen und Aufmerksamkeit zu einem großen Publikationsdruck aufseiten der Medienakteure und lassen den Schutz der Privatsphäre in den Hintergrund rücken. Durch diese Entwicklung häufen sich mediale und öffentliche Vorverurteilungen mit immer gravierenderen Folgen für die Betroffenen und vor allem die Gesellschaft. Der vom Gesetzgeber und den Gerichten angestrebte wohltharierte Ausgleich zwischen den widerstrebenden Interessen schlägt in der Praxis aufgrund vielfältiger rechtlicher und tatsächlicher Probleme fehl. Faktisch ist der Betroffene damit weitgehend einer allgemeinen Vorverurteilung schutzlos ausgeliefert. Die Auswirkungen sind nicht nur für den Leidtragenden gravierend, auch der Gesellschaft entstehen bedeutende Kosten. Die aus der Rechtswissenschaft vorgetragenen Lösungsansätze erweisen sich bei näherer Betrachtung als wenig befriedigend oder sind mit großen Gefahren für die Pressefreiheit behaftet. Es wird daher empfohlen, eine Lösung außerhalb der Rechtssphäre zu suchen. Vorgeschlagen wird einen »Ausgleichsfonds für Opfer von Vorverurteilungen« zu gründen, der die Konzepte des deutschen Presserates und der Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen (EdW) aufgreift. Die Medien-

95 Siehe oben unter Abschnitt 3. Beschreibung und Kriterien des Phänomens der Vorverurteilung.

96 Sie unten Abschnitt f) Höhe der Ausgleichszahlung.

97 Zur Methode: Vgl. *Chani/Frey/Gallus/Torgler*, Vol. 31, 2014, S. 188 ff.

98 Vgl. oben Abschnitt cc) Versicherungsähnliche Ausgestaltung.

93 BVerfGE 106, 28. Vgl. *Fechner*, aaO. (Fn. 7), S. 99 Rn. 88 f.

94 Aufgaben der EdW, abrufbar unter: <http://www.e-d-w.de/de/Edw-Leistungen.html> Stand: November 2016.

akteure tragen den Fonds durch eine Art Sonderabgabe und kompensieren daraus die Opfer von Vorverurteilungen. Eine spezielle Ausgestaltung des Fonds soll sicherstellen, dass sich möglichst viele Medienakteure freiwillig beteiligen und Probleme wie das Verdrängen der intrinsi-

schen Motivation vermieden werden. Der Anreiz der Medienakteure einen solchen Fonds mitzutragen sollte auch darin bestehen, Glaubwürdigkeit und Vertrauen zurückzugewinnen und durch diese Form der Selbstregulierung ein Eingreifen des Gesetzgebers zu verhindern. ◇

Professor Dr. Andreas Wiebe*, LL.M.

Von der Erschöpfung der »virtuellen Kopie« zur Erschöpfung der Lizenz?

Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 12.10.2016 – C-166/15 – Ranks u. a.

Der EuGH geht in Fortführung des »UsedSoft«-Urteils in der vorliegenden Entscheidung einen Schritt weiter und nimmt an, dass auch der Erwerber einer Software auf einem körperlichen Datenträger sich im Falle dessen Zerstörung eine neue Kopie herunterladen und diese frei weitergeben darf. Die damit praktisch angenommene Erschöpfung des Nutzungsrechts wird kritisch bewertet.

I. Eckpunkte der Entscheidung

Nach der grundlegenden Entscheidung des EuGH zu »UsedSoft«¹, in der das Gericht erstmals eine Erschöpfungswirkung auch beim Download von Software annahm, scheint die jetzt ergangene Entscheidung zu »Ranks u. a.« den in der »UsedSoft«-Entscheidung beschrittenen Weg weiter zu gehen und in problematischer Weise zu erweitern.

a) Übertragbarkeit der Sicherungskopie

Auf den ersten Blick wirkt die Entscheidung des EuGH wenig spektakulär, vor allem, wenn man den Leitsatz betrachtet. Danach darf die Sicherungskopie eines Computerprogramms nicht ohne Zustimmung des Rechteinhabers weitergegeben werden. In Übereinstimmung mit dem Grundsatz enger Auslegung wird entsprechend dem Gesetzeszweck festgestellt, dass diese nur für den Bedarf der zur Benutzung des Programms berechtigten Person gedacht ist und auch im Fall der Beschädigung, Zerstörung oder des Verlusts nur mit Zustimmung des Rechteinhabers weitergegeben werden darf².

b) Downloadmöglichkeit bei Verlust

Die eigentliche Brisanz der Entscheidung verbirgt sich jedoch in den Rn. 48–56. In Anknüpfung an die »UsedSoft«-Entscheidung wird zunächst die bestimmungsgemäße Benutzung nach Art. 5 Abs. 1 der Computerpro-

grammRL näher konkretisiert. Danach nimmt der EuGH für den Anlassfall an, dass ein rechtmäßiger Erwerber des Programms dieses von der Website des Rechteinhabers herunterladen können muss, um das Programm bestimmungsgemäß nutzen zu können. Bereits in der »UsedSoft«-Entscheidung wurde festgestellt, dass im Falle des Weiterverkaufs einer aus dem Internet heruntergeladenen Kopie der Zweiterwerber sich wiederum eine Kopie von der Website des Anbieters herunterladen kann³.

Darüber hinaus geht der EuGH in der vorliegenden Entscheidung aber nunmehr aus, dass die Situation desjenigen, dessen Programmkopie beschädigt, zerstört oder verlustig gegangen ist, mit der desjenigen vergleichbar ist, der als rechtmäßiger Erwerber eine Kopie aus dem Internet herunterlädt, und zwar im Hinblick auf die Erschöpfung und das Vervielfältigungsrecht. Daraus zieht der EuGH den Schluss, dass der rechtmäßige Erwerber einer Programmkopie, der eine Lizenz zur unbefristeten Nutzung innehat, die Möglichkeit haben soll, das Programm von der Website des Anbieters herunterzuladen, wenn seine Programmkopie beschädigt, zerstört oder verloren gegangen ist. Dies sieht der EuGH als für die bestimmungsgemäße Nutzung notwendige Vervielfältigung an⁴. Allerdings muss der Ersterwerber – im Einklang mit der »UsedSoft«-Entscheidung – alle im Zeitpunkt des Weiterverkaufs in seinem Besitz befindlichen Kopien unbrauchbar machen⁵. Im Übrigen muss der Erwerber einer Lizenz in geeigneter Form nachweisen, dass er rechtmäßiger Erwerber einer Lizenz ist⁶, wobei der EuGH nicht näher darauf eingeht, was der Erwerber dafür tun muss.

* Der Verfasser ist Professor für Immaterialgüterrecht und Informationsrecht an der Universität Göttingen.

1 EuGH ZUM 2012, 661 – UsedSoft.

2 EuGH ZUM 2017, 49 Rn. 44 – Ranks u. a.

3 EuGH ZUM 2012, 49 Rn. 81 – UsedSoft.

4 EuGH ZUM 2017, 49 Rn. 54 – Ranks u. a.

5 EuGH ZUM 2017, 49 Rn. 55 f. – Ranks u. a.

6 EuGH ZUM 2017, 49 Rn. 56 – Ranks u. a.