

# Eckpunkte für ein Telemediengesetz (TMG)

Der Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (BITKOM) vertritt 1.300 Unternehmen, davon gut 700 als Direktmitglieder mit ca. 120 Mrd. Euro Umsatz und mehr als 700.000 Beschäftigten. Hierzu zählen Produzenten von Endgeräten und Infrastruktursystemen sowie Anbieter von Software, Dienstleistungen, neuen Medien und Content. Mehr als 600 Direktmitglieder gehören dem Mittelstand an. BITKOM setzt sich insbesondere für eine Verbesserung der rechtlichen und politischen Rahmenbedingungen in Deutschland, für eine Modernisierung des Bildungssystems und für die Entwicklung der Informationsgesellschaft ein.

## ■ Hintergrund

Das bestehende Teledienstegesetz (TDG) und der bestehende Mediendienste-Staatsvertrag (MDStV) beruhen auf einem Regelungskompromiss zwischen Bund und Ländern von 1996. Bund und Länder beabsichtigen nunmehr, beide Gebiete einer einheitlichen Regelung zuzuführen. Hierzu wurden bei einem politischen Treffen im Bundeskanzleramt am 4. November 2004 in Abstimmung zwischen Bund und Ländern die politischen Eckpunkte festgelegt. Ein Gesetzesentwurf ist für das 2. Quartal 2005 geplant. Mit dem vorliegenden Papier möchte BITKOM bereits frühzeitig Anregungen zu dem bevorstehenden Gesetzgebungsverfahren geben.

## ■ Allgemeines

Allgemein ist anzumerken, dass BITKOM eine Zusammenführung der Regelungen für Tele- und Mediendienste (TDG, MDStV und TDDSG) in einem einheitlichen Telemediengesetz (TMG) befürwortet. Eine einheitliche Regelung für „Telemedien(-dienste)“ vermeidet die aus technischer Sicht oft künstlich erscheinende Unterscheidung zwischen Tele- und Mediendiensten. Sie passt sich auch besser in die europarechtliche Entwicklung ein, die eine solche Unterscheidung nicht kennt.

Dabei sollte auch ein Gleichlauf mit gewissen Regelungen des TKG angestrebt werden. Auf den reinen Übertragungsakt bei den Telemediendiensten ist praktisch immer das TKG anwendbar. Der Telemediendienst selbst und seine Übertragung durch Telekommunikation wachsen jedoch immer enger zusammen. Diesen Sachverhalt beschreibt § 3 Nr. 25 TKG mit den „telekommunikationsgestützten Diensten“. Das Zusammenwachsen von Dienst und Übertragung macht eine unterschiedliche Behandlung durch einen einheitlichen Anbieter technisch immer schwieriger. Zudem fördern gleichlaufende Regeln die Rechtsklarheit. Bei der Schaffung eines TMG sind deshalb stets auch die Vorgaben des TKG im Auge zu behalten. Dies gilt vor allem für Regelungen im Bereich „Datenschutz“ (s.u.).

Dies vorausgeschickt, sollten nach Auffassung von BITKOM im Einzelnen insbesondere folgende Regelungspunkte berücksichtigt werden:

## ■ Geltungsbereich

### • Umfassende Kurzdefinition nach EU-Vorbild

BITKOM schlägt eine Definition der Telemediendienste nach dem grundsätzlichen Vorbild der „Dienste der Informationsgesellschaft“ im Sinne der konsolidierten Fassung der Richtlinien 98/34/EG und 98/48/EG vor. Eine solche Definition sollte eine klare Abgrenzung zu Telekommunikationsdiensten und Rundfunk enthalten. Denkbar wäre folgende Formulierung:

„Telemediendienste im Sinne dieses Gesetzes sind Dienste, die durch Telekommunikation (§ 3 Nr. 22 TKG) übermittelt werden, soweit sie nicht Rundfunk im Sinne von § 2 des Rundfunkstaatsvertrages darstellen. Der Telekommunikationsdienst (§ 3 Nr. 24 TKG) selbst unterliegt nicht den Regelungen dieses Gesetzes.“

In das Gesetz übernommen werden sollte zudem die Einschränkung aus § 1 Abs. 1 Nr. 1 u. 2 TDDSG: Ausschließlich zu beruflichen und dienstlichen Zwecken im Dienst- oder Arbeitsverhältnis betriebene Telemediendienste (also z.B. interne E-Mailsysteme) sowie Medien, die ausschließlich zur Steuerung von Arbeits- und Geschäftsprozessen innerhalb von oder zwischen Unternehmen und öffentlichen Stellen betrieben werden, dürfen dem Telemediengesetz nicht unterfallen.

Hervorgehoben werden sollte in der Gesetzesbegründung, dass Inhalte ohne Dienstcharakter, also vor allem Individualkommunikation (E-Mails, SMS etc.) ohne Dienstelement im übermittelten Inhalt, vom Anwendungsbereich ausgenommen sind.

### • Allgemeiner Zweifelssatz bei Grenzfällen zum Rundfunk

Ein Hauptproblem der unterschiedlichen Regelungsregimes von Tele- bzw. Mediendiensten einerseits und Rundfunk andererseits sind schwer einzuordnende Grenzfälle. Hier sollen bisher § 2 Abs. 2 TDG/ MDStV Klarheit schaffen. Die meisten dort genannten Fälle stehen an der Grenze zwischen Tele- bzw. Mediendiensten und Rundfunk und werden ausdrücklich dem TDG bzw. dem MDStV zugeschlagen. Die Aufzählungen in § 2 Abs. 2 TDG/ MDStV folgen also erkennbar dem Prinzip „im Zweifel kein Rundfunk, sondern Tele- bzw. Mediendienst“.

BITKOM schlägt vor, einen solchen allgemeinen Zweifelssatz in ein TMG aufzunehmen und der Aufzählung einzelner Dienste vorzuziehen. Der Vereinheitlichungsprozess in der Medienregulierung darf nach Ansicht von BITKOM nicht zu einer Ausdehnung der in Teilbereichen besonders intensiven Inhaltsregulierung im Rundfunkbereich auf bislang weniger regulierte Dienste, insbesondere den Onlinebereich, führen. So bedeutet etwa das Zusammenwachsen von Fernsehen und Internetangeboten nicht, dass die Inhalte der neuen Dienste einer ebenso intensiven Inhaltsregulierung bedürfen, wie dies früher für ein von wenigen verfügbaren Programmen und passiven Sehgewohnheiten geprägtes traditionelles Fernsehen der Fall war.

Ein allgemeiner Zweifelssatz, der Grenzfälle zwischen Rundfunk und Telemediendiensten dem Regelungsregime letzterer unterstellt, ist zudem auch technikoffener als enumerative Einzelfallregelungen. So ist etwa hinsichtlich der Einordnung von (Near) Video on Demand ein vom niederländischen Raad van State angestrebtes Vorabentscheidungsverfahren in Sachen „Mediakabel B.V.“ beim EuGH anhängig. Eine offene Gesetzesformulierung würde durch den Ausgang dieses Verfahrens ebenso wie durch zukünftige Gerichtsentscheidungen richterrechtlich ausgefüllt, ohne dass die Liste der

Grenzfälle im Gesetz ständig erweitert und der technischen Entwicklung angepasst zu werden bräuchte.

Die bisher in § 2 Abs. 2 TDG/ MDStV genannten Dienste könnten dabei in der Gesetzesbegründung als Beispiele für Telemediendienste nach diesem Zweifelssatz aufgeführt werden. Damit wäre klargestellt, dass sich die bisherige Rechtslage hinsichtlich dieser Dienste durch eine offene Formulierung nicht ändert.

## ■ Grundprinzipien

Die deutsche Informationswirtschaft, die im BITKOM zusammengeschlossen ist, erachtet die beiden Grundprinzipien der E-Commerce-Richtlinie und der TDG/MDStV-Regulierung, die Zulassungsfreiheit und das Herkunftslandprinzip, als unverzichtbare Voraussetzungen für einen Ordnungsrahmen dieser Dienste. Ihr Fortbestand muss daher ohne jede Einschränkung gesichert werden. Daher müssen entsprechend Art. 3 und 4 der E-Commerce-Richtlinie die §§ 4 und 5 TDG/ MDStV unverändert in ein TMG übernommen werden.

## ■ Informationspflichten

### • Keine Verschärfung

Informationspflichten für Diensteanbieter dürfen keinesfalls verschärft werden. Schon jetzt sind die Informationspflichten so umfangreich, dass gewisse Dienste und ihre Bewerbung in ihrer Praktikabilität infrage gestellt werden. Ein weiteres Anschwellen der Angabenflut würde auch dem Nutzer nicht mehr dienen, sondern ihn nur verwirren.

### • Medienverträglichkeitsklausel

Stattdessen sollte mit einer Medienverträglichkeitsklausel den technischen Grenzen bestimmter Dienste Rechnung getragen werden. Nicht alle medial nutzbaren Endgeräte eignen sich gleichermaßen dazu, alle vorvertraglichen Pflichten auf dieselbe Art zu erfüllen. Ein eindimensionaler Blickwinkel auf die Darstellungsmöglichkeiten bei der Nutzung des Internets über einen PC ist deshalb wenig zielführend. So stehen etwa einem Mobilfunkanbieter nur 160 Zeichen einer SMS zur Verfügung, um Informationen zu vermitteln. Detailregelungen für verschiedene Dienste sind dabei schon wegen der ständigen technischen Weiterentwicklung nicht denkbar. BITKOM schlägt daher vor, die Diensteanbieter zu Informationen in einer „dem jeweiligen Medium angepassten Weise“ zu verpflichten.

## ■ Haftungsregelungen

### • Keine Verschärfung

Haftung und Prüfpflichten nach der E-Commerce-Richtlinie dürfen keinesfalls verschärft werden, um nicht den Diensteanbietern unkalkulierbare Risiken aufzubürden, die ihre jeweiligen Geschäftsmodelle unpraktikabel machen würden. BITKOM ist besorgt, dass

Urteile wie BGH I ZR 304/01 vom 11.3.2004 (Rolex), das in klarem Gegensatz zu § 8 Abs. 2 Satz 1 TDG steht, zu einer nicht von der E-Commerce-Richtlinie beabsichtigten Ausweitung der Prüfpflichten von Diensteanbietern führen. Der Gesetzgeber muss hier klare Grenzen setzen und bestehende Rechtsunsicherheiten beseitigen.

Insbesondere dürfen nach Ansicht von BITKOM sowohl für Host-Provider als auch für Zugangsvermittler

- keine generellen Prüfpflichten,
- keine Unterlassungspflichten bzw. keine Erweiterung bestehender Beseitigungspflichten und
- kein allgemeines Sonderdurchgriffsrecht nach dem Vorbild § 22 Abs. 3 MDStV

vorgesehen werden. Einer Ausdehnung der Haftung für fremde Inhalte durch Unterstellung eines „Zu-Eigen-Machens“ muss eine klare gesetzliche Grenze gesetzt werden. Zudem dürfen Anbieter, die im Rahmen ihrer Möglichkeiten rein freiwilligen Prüfungen unternehmen, die zu einer möglicherweise haftungsrechtlich relevanten Kenntnis führen können, nicht schlechter gestellt werden, als wenn sie diese Maßnahmen unterlassen hätten.

Diese in den grundlegenden Verantwortungsprinzipien der E-Commerce-Richtlinie vorgegebenen Grundsätze müssen in möglichst eindeutiger Form auch in den Verantwortlichkeitsregelungen eines neuen Telemediengesetzes niedergelegt werden.

- **Verankerung eines Notice-And-Take-Down-Verfahrens**

Als Option speziell für Host-Provider sollte zudem ein Notice-And-Take-Down-Verfahren nach dem Vorbild des US-amerikanischen Digital Millennium Copyright Act (DMCA) vorgesehen werden. Es gibt Rechteinhabern und Host-Providern bei Rechtsverletzungen eine Möglichkeit zur Kooperation, die einem gerichtlichen Verfahren vorgeschaltet ist und es im Idealfall vermeidet. Ein solches Verfahren dient damit der Entlastung der Gerichte, schafft Rechtssicherheit und verhindert gleichzeitig, dass die Host-Provider in eine Richterrolle gedrängt werden. Bisher tragen Host-Provider nämlich nach § 11 TDG / § 9 MDStV, die beide auf Kenntnis oder Offensichtlichkeit einer Rechtsverletzung abstellen, das Risiko aus der oft schwierigen Beurteilung einer behaupteten Schutzrechtsverletzung. Die notwendige rechtliche Beurteilung ist dem Provider – zumal im schnellen Tagesgeschäft – kaum möglich.

Hier kann ein Notice-And-Take-Down-Verfahren, das für alle Schutzrechtsverletzungen gelten sollte, Abhilfe bieten: Es sollte bestimmen, dass der Host-Provider, der unter bestimmten formellen Voraussetzungen tätig wird (also Inhalte entfernt), in jedem Fall von einer Haftung freigestellt wird. Diese Haftungsfreistellung muss sowohl gegenüber dem angeblichen Rechtsverletzer als auch gegenüber dem (sich berühmenden) Rechteinhaber gelten.

Voraussetzung für ein solches Einschreiten des Host-Providers sollte eine schriftliche Versicherung des sich berühmenden Rechteinhabers hinsichtlich seiner Rechtsinhaberschaft, einer eventuellen Vertretungsbefugnis und hinsichtlich der behaupteten Rechtsverletzung sein. Diese schriftliche Versicherung muss das angeblich geschützte Werk/Produkt, den angeblich verletzenden Inhalt sowie einen Ansprechpartner bei dem sich berühmenden Rechteinhaber benennen. Dem Host-Provider ist es dann möglich, einzuschreiten und so eine Haftung für sich auszuschließen.

War die Versicherung falsch, so soll der sich berühmende Rechteinhaber dem wahren Rechteinhaber bzw. dem behaupteten Verletzer unter bestimmten Voraussetzungen schadensersatzpflichtig sein. Vor dem Hintergrund der Entwicklungen in der aktuellen Rechtsprechung ist ungewiss, ob eine solche Schadensersatzpflicht immer aus allgemeinen Grundsätzen hergeleitet werden kann (vgl. den Vorlagebeschluss des I. Senats an den Großen Senat des BGH vom 12. August 2004 – I ZR 98/02 –, der eine gravierende Wende in der Rechtsprechung zu den Folgen unberechtigter Verwarnung aus gewerblichen Schutzrechten einleiten könnte). Eine entsprechende Haftungsnorm des Versicherungsgebers sollte deshalb in einem TMG enthalten sein. Nur so kann verhindert werden, dass eine Flut leichtfertig abgegebener Versicherungen das gesamte Notice-And-Take-Down-System lahm legt. Denkbar wäre hier zum einen eine Gefährdungshaftung nach dem Vorbild von § 717 Abs. 2 ZPO bei der vorläufigen Vollstreckung noch nicht rechtskräftiger Urteile. Eine solche Lösung bietet sich an, weil ein Handeln auf Grundlage einer Versicherung im Notice-And-Take-Down-Verfahren im Prinzip auf einem mutmaßlichen Urteil beruht und somit der Sache nach eine noch vorläufigere Form der „Vollstreckung“ darstellt. Alternativ kommt eine Verschuldenshaftung des Versicherungsgebers in Betracht. Hier sollte der Versicherungsgeber allerdings den Entlastungsbeweis erbringen müssen, damit die Haftung für schuldhaft falsch abgegebene Versicherungen nicht leer läuft.

Zur Abrundung des Themas weist BITKOM darauf hin, dass sich ein Notice-And-Take-Down-Verfahren für bloße Zugangsvermittler nicht eignet, da sie keine Inhalte vorhalten und daher auch keine Inhalte entfernen können.

## ■ **Datenschutz**

BITKOM befürwortet eine Zusammenführung der Datenschutzregelungen für Tele- und Mediendienste in einem Telemediengesetz. Darüber hinaus favorisiert BITKOM grundsätzlich auch ein möglichst einheitliches Datenschutzniveau für Telekommunikations- und Telemediendienste („große Datenschutzlösung“). Nur so können auf Dauer die immer wieder auftauchenden Abgrenzungsprobleme zwischen beiden Rechtsgebieten gelöst werden. Hierzu gehört auch eine Vereinheitlichung der Aufsichtsstrukturen mit klar definierten Zuständigkeiten.

Sofern eine „große Datenschutzlösung“ zurzeit noch nicht möglich erscheint, sollten die Datenschutzregelungen für Telemediendienste auf jeden Fall in einem eigenen Abschnitt eines TMG behandelt werden. So kann ein sinnvoller Grundstock gelegt werden, der offen ist für die „große Datenschutzlösung“. Bei einer Einbindung der Regelungen des TDDSG sollte auf jeden Fall darauf geachtet werden, dass Erfahrungen aus der Praxis ihren Niederschlag finden.

BITKOM schlägt insbesondere folgende Einzelregelungen vor:

- **Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten zur Missbrauchsbekämpfung**

Es sollte geprüft werden, ob die bestehende Erlaubnisvorschrift des § 6 Abs. 8 TDDSG enger an die entsprechende Regelung über den Missbrauch von Telekommunikationsdiensten im TKG, § 100 Abs. 3 TKG, angelehnt werden soll. Im Gegensatz zum TDDSG erlaubt die Missbrauchsregelung des TKG nicht nur bei tatsächlichen Anhaltspunkten für eine Leistungerschleichung, sondern auch bei tatsächlichen Anhaltspunkten für den Verdacht einer anderen rechtswidrigen Inanspruchnahme (insb. Hacking) gegenüber dem Diensteanbieter, diese Verkehrsdaten zu verwenden. Da auch im Telemediensbe-

reich neben den Fällen der Leistungserschleichung andere Formen missbräuchlicher Nutzung mit ähnlichem Schädigungspotential bestehen, wäre eine Vereinheitlichung von TK- und Telemedien-Datenschutz sinnvoll.

- **Anpassung der Bestandsdatennutzung an Art. 13 Abs. 2 Kommunikationsdatenschutz-Richtlinie und an § 7 Abs. 3 UWG**

Die bisherige Regelung in § 5 TDDSG entspricht nicht mehr den europäischen Vorgaben (Art. 13 Abs. 2 Kommunikationsdatenschutz-Richtlinie) und steht überdies im Widerspruch zu § 7 Abs. 3 UWG. Wie schon § 95 Abs. 2 Satz 2 TKG im Rahmen der TKG-Novelle ist daher auch im TMG die Nutzung von Bestandsdaten zur Kundenansprache dahingehend zu regeln, dass in Abweichung von der grundsätzlich erforderlichen Einwilligung im Rahmen bereits bestehender Kundebeziehungen ein opt-out-Prinzip gilt.

Dabei sollte auch hier für die nötigen Belehrungen eine Medienverträglichkeitsklausel (s.o.) aufgenommen werden, um das opt-out-Verfahren etwa auch für die Nutzung von Telemediendiensten im Mobilfunk praktikabel zu machen.

- **Im Übrigen möglichst allgemeine Verweise auf Bundesdatenschutzgesetz**

Im Übrigen spricht sich BITKOM für möglichst allgemeine Verweise auf das BDSG aus, um eine weitere Zersplitterung und Unübersichtlichkeit des Datenschutzrechts zu vermeiden. Derzeit gelten einige Regelungen des allgemeinen Datenschutzrechts nicht für Telemediendiensteanbieter, obwohl sie auch in diesem Bereich sinnvoll wären.

## ■ **Aufsichtsstrukturen**

BITKOM spricht sich gegen eine Zuständigkeit der Landesmedienanstalten im Rahmen eines TMG aus. Unterschiedliche Regelungsregimes für Telemediendienste und Rundfunk erfordern auch unterschiedliche Aufsichtsbehörden. Hingegen sollte die langjährig aufgebaute, hohe Fachkompetenz der Landesdatenschutzbehörden für den Bereich der Telemedien erhalten bleiben.

Berlin, den 22. Dezember 2004