

MultiMedia und Recht

Zeitschrift für
Informations-,
Telekommunikations- und
Medienrecht

Herausgegeben von:

Dr. Michael Bertrams
Claudia Bobermin
Thomas Braun
Dr. Herbert Burkert
Dr. Oliver Castendyk
Jürgen Doetz
Prof. Dr. Carl-Eugen Eberle
Karl-Michael Fuhr
Erich Gahrnau
Hans-Willi Hefekäuser
Prof. Dr. Thomas Hoeren
Prof. Dr. Bernd Holznagel
Dr. Eugen von Keller
Christopher Kuner
Prof. Dr. Christoph Paulus
Dr. Bernd Pill
Prof. Dr. Peter Raue
Dr. Jörg Reinbothe
Prof. Dr. Alexander Roßnagel
Dr.-Ing. Klaus Rupf
Rüdiger Schäfer
Prof. Dr. Joachim Scherer
Klaus-Dieter Scheurle
Dr. Balthasar Schramm
Prof. Dr. Gerhard Schricker
Dr. Raimund Schütz
Prof. Dr. Ulrich Sieber
Dr. Arthur Waldenberger

Beilage

Mit bestem Gruß
von *Christian Koenig*

CHRISTIAN KOENIG
Regulierungsoptionen für die
Neuen Medien in Deutschland

Seiten 1–16
1. Jahrgang, 16. Dezember 1998
Verlag C.H. Beck München

Internet-Homepage:
<http://www.mmr.de>

Beilage zu

MMR 12/1998

MultiMedia und Recht

Zeitschrift für
Informations-,
Telekommunikations- und
Medienrecht

Beilage zu
MMR
12/1998

Herausgegeben von **Dr. Michael Bertrams**, Präsident VeriGH und OVG für das Land Nordrhein-Westfalen, Münster – **Claudia Bobermin**, Justitiarin Kirch-Gruppe, Ismaning – **Thomas Braun**, Präsident Verband privater Kabelnetzbetreiber e.V. (ANGA), Bonn – Geschäftsführer KMG Kabelfernsehen Hannover GmbH – **Dr. Herbert Burkert**, Wiss. Mitarbeiter GMD, St. Augustin – **Dr. Oliver Castendyk**, Justitiar ProSieben Media AG, Unterföhring – **Jürgen Doetz**, Geschäftsführer SAT1 GmbH Präsident Verband Privater Rundfunk und Telekommunikation e.V. (VPRT), Berlin/Bonn – **Prof. Dr. Carl-Eugen Eberle**, Justitiar ZDF, Mainz – RA **Karl-Michael Fuhr**, Bereichsleiter Recht/Regulierung o. tel. o GmbH & Co. Düsseldorf – **Erich Gahrau**, Justitiar Bertelsmann AG, Gütersloh – **Prof. Dr. Thomas Hoeren**, Direktor der Zivilrechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster – **Prof. Dr. Bernd Holznapel**, Direktor der Öffentlich-rechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster – **Hans-Willi Hefekäuser**, Geschäftsbereichsleiter Ordnungs- und Wettbewerbspolitik, Deutsche Telekom, Bonn – **Dr. Eugen von Keller**, Roland Berger und Partner, München – **Christopher Kuner J.D., LL.M.**, Attorney at Law, Gleiss, Lutz, Hootz, Hirsch & Partner, Frankfurt a.M. – **Prof. Dr. Christoph Paulus**, Humboldt Universität zu Berlin – **Dr. Bernd Pill**, Leiter der Rechtsabteilung Mannesmann Mobilfunk GmbH, Düsseldorf – RA **Prof. Dr. Peter Raue**, Oppenhoff & Rädler, Berlin – **Dr. Jörg Reinbothe**, Referatsleiter Generaldirektion XV der Europäischen Kommission, Brüssel – **Prof. Dr. Alexander Roßnagel**, Gesamthochschule Kassel – Min.Dirig. **Dr.-Ing. Hans Rumpf**, Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft, Forschung und Technologie, Bonn – RA **Rüdiger Schäfer**, Justitiar Gruner + Jahr, Hamburg – RA **Prof. Dr. Joachim Scherer**, Döser Amerleber Noack, Frankfurt a.M. – **Klaus-Dieter Scheurle**, Präsident der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, Bonn – RA **Dr. Balthasar Schramm**, Justitiar Deutscher Multimedia Verband, Hamburg – **Prof. Dr. Gerhard Schrickler**, Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, München – RA **Dr. Raimund Schütz**, Bruckhaus Westrick Heller Löber, Düsseldorf – **Prof. Dr. Ulrich Sieber**, Universität Würzburg – RA **Dr. Arthur Waldenberger**, LL.M., Verband Deutscher Zeitschriftenverleger, Leitung Europaangelegenheiten und Medien, Bonn

Redaktion: **Anke Zimmer-Helfrich**, Chefredakteurin – RAin **Ruth Schrödl**, Redakteurin, Wilmstr. 9, 80801 München

Hinweis: Diese Beilage kann aus herstellungstechnischen Gründen erst in den 2. Jahrgang eingebunden werden. Auch eine Verschlagwortung erfolgt dann erst im Jahresregister 1999.

CHRISTIAN KOENIG

Regulierungsoptionen für die Neuen Medien in Deutschland

Der mit Erlaß des Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetzes (IuKDG) und dem Abschluß des Mediendienste-Staatsvertrags (MDStV) geschaffene Rechtsrahmen für die Neuen Dienste wird derzeit von Bund und Ländern evaluiert. Mit dem folgenden Beitrag sollen einige der häufig diskutierten Probleme der derzeit geltenden gesetzlichen Regelungen dargestellt werden. Anhand von konkreten Änderungsvorschlägen werden mögliche Regelungsalternativen veranschaulicht. Dies soll zur derzeitigen Diskussion um die Novellierung der

Rechtsgrundlagen beitragen. Auf die Einleitung (I.) folgen Vorschläge für Gesetzesanpassungen durch den Bund (II.) und die Länder (III.). Im Mittelpunkt dieser Teile stehen Fragen der Abgrenzung zwischen Telekommunikation, Telediensten, Mediendiensten und dem Rundfunk. Probleme der Aufsicht über die Neuen Medien sind Gegenstand des anschließenden Abschnitts (IV.), in dem ein Vorschlag zu einer institutionellen Zusammenfassung der Landaufsichtskompetenzen entwickelt wird. Eine Schlußbetrachtung (V.) schließt die Abhandlung ab.

I. Einleitung

1. Deregulierung im Bereich der Neuen Medien als Beitrag deutscher Standortpolitik

Die Neuen Medien¹ – Teledienste, Mediendienste, innovative Rundfunk- und Telekommunikationsangebote – werden als globale Wachstumsmärkte zunehmend standortunabhängig bedient. Allein im Breitbandkabelmarkt gehen Schätzungen von einer Steigerung des Marktvolumens von DM 20 Mrd. im Jahr 1995 auf DM 66 Mrd. im Jahre 2005 aus.² In Deutschland wurde mit dem IuKDG des Bundes und dem MDStV der Länder trotz guter Vorsätze³ noch kein zukunftsträchtiges Regulierungsmodell erarbeitet. Für Anbieter von Tele- und Mediendiensten ist die

1) *Bullinger/Mestmacker*, Gutachten, 1996; *Arthur D. Little*, Innovationen und Arbeit für das Informationszeitalter, 10.4.1996, abrufbar unter <http://www.iid.de/informationstechnik/adl/>.

2) Vgl. *Schütz*, Breitbandkabel – „Closed Shop“ für neue Diensteanbieter?, MMR 1998, 11, 12.

3) Vgl. *Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn*, Neue Gesetzliche Rahmenbedingungen für Multimedia, 1997, S. 7 f.; *Knothe*, Neues Recht für Multi-Media-Dienste, AfP 1997, 494, 496 f.

Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M. ist Sprecher der Forschungsstelle für europäisches und deutsches Telekommunikationsrecht an der Philipps-Universität Marburg. Der Abhandlung liegt ein für die Deutsche Telekom AG erstelltes Rechtsgutachten zugrunde. Der Autor dankt Sascha Loetz und Ernst Röder für die ideenreiche und tatkräftige Mitarbeit an diesem Gutachten.

Einordnung ihrer Dienstleistungen unter das LuKDG oder den MDStV kaum voraussehbar.

Dies liegt an der unklaren normativen Abgrenzung zwischen Telediensten (§ 2 TDG) und Mediendiensten (§ 2 MDStV). Als besonders kritisch aus Betreibersicht erweist sich die den Landesmedienanstalten über die sog. Rückholklausel (§ 20 Abs. 2 Rundfunkstaatsvertrag [RStV]) eröffnete Möglichkeit, einen Mediendienst dem hochregulierten Rundfunkrecht⁴ zu unterstellen (Zulassungsvorbehalt, § 20 Abs. 1 RStV). Die vorherrschende Meinung begründet diesen Befund mit der Aufteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern. Das folgende Gutachten wird gleichwohl aufzeigen, daß diese Defizite auch in einer föderalen Medien- und Kommunikationsrechtsordnung beseitigt werden können.

2. Grünbuch zur Konvergenz

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, daß kurzfristig nicht mit einer harmonisierenden EU-Regulierung der Neuen Medien zu rechnen ist. Interessant ist nämlich, daß die *Europäische Kommission* selbst die innovativen Kräfte des Systemwettbewerbs zwischen den einzelstaatlichen Kommunikationsrechtsordnungen erkannt hat: In ihrem Grünbuch zur Konvergenz der Kommunikationsbranchen vom 1.12.1997⁵ gesteht die Kommission durchaus auch Regulierungsdefizite der supranationalen Harmonisierung des Telekommunikationsrechts implizit ein. Die *Kommission* diskutiert in einer sog. dritten Option des Grünbuchs einen die Neuen Medien und Kommunikationsdienste verbindenden Rechtsrahmen, der die technisch überholte Trennung zwischen Telekommunikationsdiensten und audiovisuellen Diensten ersetzen könnte. Doch vor einer supranationalen Harmonisierung will die *Kommission* die nationalen Regulierungssysteme der Mitgliedstaaten beobachten, um die Regulierungstechnik und -dichte an die Wettbewerbsspezifika der konvergierenden Kommunikationsdienste besser anpassen zu können.

Mit anderen Worten: Die *Kommission* nutzt in einer Übergangsphase den mitgliedstaatlichen Regulierungswettbewerb, um die leistungsstärksten einzelstaatlichen Problemlösungsangebote zu konvergierenden Kommunikationsdiensten und -netzen zu ermitteln.

3. Reaktionen auf das Grünbuch

In der Stellungnahme des britischen *OFTEL* zum Konvergenzgrünbuch⁶ wird diese Herausforderung klar erkannt und mit der Empfehlung an die anderen Mitgliedstaaten verbunden, die britischen Regulierungsansätze zu übernehmen.⁷ Die Stellungnahme des *Bundeswirtschaftsministeriums* zum EU-Grünbuch zur Konvergenz⁸ rekurriert demgegenüber auf die Wahrung föderalistischer Besitzstände. Diese Entwicklung verdeutlicht die Notwendigkeit, rechtzeitig ein standortattraktives Regulierungsmodell für die Neuen Medien in Deutschland umzusetzen.

Für Teledienste- und Mediendienstanbieter in Deutschland hat der Wettbewerb der Regulierungssysteme im wesentlichen zwei Auswirkungen: Hält die deutsche Rechtslage dem Standortwettbewerb nicht stand, so muß nach einer Beobachtungsphase der *Europäischen Kommission* mittelfristig mit neuen – vom derzeitigen deutschen Recht erheblich abweichenden – EU-Regulierungen gerechnet werden. Damit entstünden den Anbietern, die sich auf die deutsche

Rechtslage eingestellt haben, erhebliche Anpassungskosten. Eine überzeugende deutsche gesetzliche Lösung dagegen könnte etwaige Zweifel der Kommission an einem deregulierenden Ansatz zerstreuen.

Wird bereits jetzt eine zukunftssträchtige Regulierung in Deutschland erarbeitet, die aufgrund ihrer Funktionsfähigkeit in eine spätere EU-Regulierung einginge, so könnte die Branche bald unter den materiellen Bedingungen eines künftigen europäischen Rechtsrahmens operieren.⁹ Dabei sollte die Planungssicherheit von Teledienste- und Mediendienstanbietern durch eine deutliche Herausnahme ihrer Dienste aus dem hochregulierten Rundfunkrecht gestärkt werden.

4. Ausklammerung der Mediendienste aus dem Rundfunkrechtsregime

Der Bundesgesetzgeber ist für die Teledienste insoweit zuständig, als diese dem Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) oder dem Recht der Telekommunikation (Art. 73 Nr. 7 GG) zuzuordnen sind. Dem steht die Rundfunkhoheit der Länder und die kompetenzrechtliche Grundregel des Art. 70 Abs. 1 GG gegenüber. Auch der Regelung für Mediendienste liegt diese Residualkompetenz der Länder zugrunde. Schon im Gesetzgebungsverfahren zum LuKDG und dem MDStV wurde offensichtlich, daß sich die angebotenen Dienste nicht eindeutig den Kompetenzen des Bundes oder der Länder zuordnen lassen. Das Beharren auf den jeweiligen Kompetenzen war für Bund und Länder besonders wichtig, da auch inhaltliche Differenzen bezüglich der Regulierung der Neuen Medien bestanden. Aufgrund eines Kompromisses wurden TDG und MDStV weitgehend inhaltsgleich ausgestaltet. Somit bleibt die Einordnung als Tele- oder Mediendienst aus Anbietersicht in einer Vielzahl der Fälle ohne Auswirkung. Die Einordnungsmöglichkeit eines Mediendienstes als Rundfunk dagegen kann schwerwiegende Folgen haben. Während Mediendienste trotz der kompetenzrechtlichen Zuordnung über die Rundfunkhoheit¹⁰ an die Länder ohne Lizenz angeboten werden dürfen, kann das Veranlassen von Rundfunk ohne Lizenz mit einem Bußgeld von bis zu DM 500.000,- (§ 49 Abs. 1 Nr. 16 i.V.m. Abs. 2 RStV) geahndet werden. Darüber hinaus werden die Landesmediengesetze anwendbar.

Damit wird eine gesetzgeberische Präzisierung der Abgrenzung der Mediendienste vom Rundfunk notwendig.

4) Zu alternativen Regulierungsoptionen vgl. *Holznapel*, Probleme der Rundfunkregulierung im Multimediazeitalter, ZUM 1996, 16 ff.

5) *Europäische Kommission*, Grünbuch zur Konvergenz der Kommunikationsbranchen, 1.12.1997, abrufbar unter <http://www.newsroom.de/eu-kommission-dokumente/kom-97-623.doc>.

6) *OFTEL*, OFTEL response to the European Commission on the Green paper on the convergence of the telecommunications, media and information technology sectors, and the implications for regulation (COM 97/623), <http://www.oftel.gov.uk/broadcast/eu398.htm>; umfassendere Besprechung bei *Köster-Nitschke*, EU-Grünbuch zur Konvergenz: OFTEL-Stellungnahme, MMR 1998, 400 ff.

7) *OFTEL* o. Fußn. 6), Rdnr. 2.1 und 12.2.

8) Vgl. <http://www.ispo.cec.be/convergence/p/bundes.html>.

9) Ähnlich *Roßnapel*, Neues Recht für Multimediendienste, NVwZ 1998, 1, 8.

10) Zur zugrunde liegenden Problematik *Scherer*, „Online“ zwischen Telekommunikations- und Medienrecht, AtP 1996, 213, 218; *Ebsen*, Örtlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, DVBl. 1997, 1039, 1050.

5. Notwendigkeit einer schärferen Abgrenzung

Eine schärfere, definitorische Abgrenzung der Mediendienste vom Rundfunk ist notwendig. Eine alleinige Klarstellung des Begriffs der Mediendienste im MDStV und die Eliminierung des Begriffs aus dem RStV kann jedoch nicht hinreichend sein. Selbst bei einer Streichung jedes Verweises auf Mediendienste im RStV wäre die Abgrenzung der Normanwendungsbereiche von der inhaltlichen Ebene, und zwar nach allgemeinen rechtsdogmatischen Grundsätzen, zu treffen. Eine Anwendung der lex-posterior-Regel würde bei den häufigen Anpassungen gerade des RStV zu einem Vorrang des Rundfunkrechts führen. Aber auch über die Anwendung der lex-specialis-Regel, also über eine inhaltliche Abgrenzung, ergibt sich eine vorrangige Anwendung des RStV. Als sektorspezifische und engere Regulierung des Rundfunks ist der RStV im materiellen Bereich des Rundfunks das speziellere Gesetz. Damit unterfällt ein elektronischer Kommunikationsdienst, der sowohl Mediendienst als auch Rundfunk ist, dem RStV. Insofern ist die Rückholklausel lediglich deklaratorisch.

Daneben muß also die rundfunkrechtliche Rückholklausel des § 20 Abs. 2 RStV zugunsten der Anbieter präzisiert werden. Die Rundfunkkompetenzen der Länder sind durch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung geprägt.¹¹ Die Konvergenz der Netze und Dienste wird die Prämissen der bisherigen Rechtsprechung zum Rundfunkrecht – insbesondere die der Frequenzknappheit – in Frage stellen. Damit wäre eine Änderung auch der verfassungsgerichtlichen Vorgaben möglich. In jedem Fall bleibt den Ländern aber die Residualkompetenz für die Dienste, die nicht in die Bundeskompetenz fallen.

II. Welche Regulierungsoptionen hat der Bund nach geltender Verfassungslage?

1. Novellierung der Teledienstdefinition zur Verbesserung der Abgrenzung von den Mediendiensten

Regulierungsoption

Die Definition der Teledienste im TDG kann durch Novellierung der Generalklausel präzisiert werden.

Novellierungsvorschlag § 2 TDG (fettgedruckte Teile zeigen die im folgenden vorgeschlagenen Änderungen des geltenden Rechts an).

§ 2 Geltungsbereich

(1) Die nachfolgenden Vorschriften gelten für alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, denen eine Übermittlung mittels Telekommunikation zugrunde liegt und die über die Nutzung von kombinierbaren Daten wie Zeichen, Bilder oder Töne **zum Abruf oder zum interaktiven Dialog zwischen Nutzer und Anbieter, insbesondere zum persönlichen Gebrauchsvorteil des Nutzers dienen und bei denen nicht die redaktionelle Gestaltung zur Meinungsbildung im Vordergrund steht** (Teledienste).

(...)

(4) (...)

Nr. 3 [wird gestrichen]

(...)

a) Probleme der geltenden Definition

Ein wesentlicher Grund für die Schwierigkeit der Abgrenzung¹² zwischen Telediensten und Mediendiensten ist das Abgrenzungskriterium der individuellen Nutzung in § 2 Abs. 1 TDG. Durch dieses diffuse Abgrenzungskriterium wird die Generalklausel schwer zu handhaben. Damit gewinnen die Regelbeispiele überproportionale Bedeutung bei der Einordnung eines Dienstes. Die Generalklausel selbst ist zur Auslegung der Regelbeispiele wenig ergiebig.

Problem: Die Generalklausel stellt auf das untaugliche Kriterium der „individuellen Nutzung“ ab.¹³ Schon das Herunterladen angebotener Programme stellt stets eine individuelle Nutzung dar, da für jeden Datenübertragungsvorgang eine eigene individualisierte Verbindung aufgebaut wird.

Lösung: Ein geeignetes Abgrenzungskriterium muß eindeutig auf die tatsächliche Inhaltsnutzung abstellen und darf nicht im Hinblick auf die Übertragungstechnik mißverständlich sein.

Eine neue gesetzliche Formulierung muß ausgerichtet werden an den zugrunde liegenden Gesetzgebungskompetenzen des Grundgesetzes. Der Bund kann sich vornehmlich auf die Gesetzgebungskompetenz für die Telekommunikation (Art. 73 Nr. 7 GG) und das Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) stützen. Individualkommunikativ ausgerichtete Dienstleistungen sind Teledienste. Individualkommunikation liegt nur vor, wenn die übermittelten Informationen nicht nur auf der technischen Ebene, sondern auch auf der inhaltlichen Ebene an einen einzelnen Adressaten gerichtet sind.¹⁴ Nicht ausreichend ist daher die bloße einzelne technische Verbindung des eigenen Rechners mit dem Rechner des Diensteanbieters.

Der Nutzer muß den Ablauf des Informations- oder Kommunikationsangebots aktiv beeinflussen können. Eine aktive Beeinflussung des Angebots ist die Steuerung des weiteren Verlaufs.

b) Vorgaben für eine neue Definition

Eine tatsächliche individuelle Nutzung – in gezieltem Abruf oder einem interaktiven Dialog¹⁵ – ist insbesondere das

11) BVerfGE 12, 205 ff.; 31, 314 ff.; 57, 295 ff.; 73, 118 ff.; 74, 297 ff.; 83, 238 ff.; 87, 191 ff.; 90, 60 ff.; 92, 203 ff.

12) Zur Abgrenzung vgl. *Bonin/Köster*, Internet im Lichte neuer Gesetze, ZUM 1997, 821, 828; *Gounalakis*, Der Mediendienste-Staatsvertrag der Länder, NfW 1997, 2993, 2994 f.; *Hevl*, Teledienste und Mediendienste nach Teledienstegesetz und Mediendienste-Staatsvertrag, ZUM 1998, 115, 117; *Hochstein*, Teledienste, Mediendienste und Rundfunkbegriff – Anmerkungen zur praktischen Abgrenzung multimedialer Erscheinungsformen, NfW 1997, 2977, 2979 ff.; *Engel-Flechsig/Maenneke Tettenborn*, Das neue Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz, NfW 1997, 2981, 2982 f.; *Kröger/Moos*, Mediendienst oder Teledienst?, AfP 1997, 675 ff.

13) Schon im Gesetzgebungsverfahren wurde dieses Merkmal kritisiert, vgl. BT-Drs. 13/7934 Teil A, 4.

14) Ähnlich *Kröger/Moos* o. Fußn. 12, S. 680.

15) Ähnlich, im Sinne der Möglichkeit eines Rollentauschs zwischen Sender und Empfänger, *Gounalakis/Rhode*, Das Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz, K&R 1998, 321, 324 f.

Abwickeln wirtschaftlicher Vorgänge. Ein „Abschluß von Rechtsgeschäften“ liegt vor, wenn nicht nur Angebote gemacht, sondern Verträge ohne „Medienbruch“¹⁶ in der Anwenderschnittstelle geschlossen werden können. Der Begriff des Medienbruchs sollte nicht technisch, sondern rein praktisch aus der Sicht des Nutzers verstanden werden. Entscheidend muß sein, ob aus der Sicht des Nutzers ein tatsächlich einheitlicher Vorgang vorliegt und nicht, ob Angebot und Annahme über verschiedene Übertragungswege realisiert werden. Nur so kann eine gesetzliche Regelung den nicht allzu fernen Szenarien zusammenwachsender Netze gerecht werden, in denen breit- und schmalbandige Medien mit und ohne Rückkanal auf Diensteebene zusammengefaßt werden. Hinter einer einheitlichen Anwendungsoberfläche verborgen, sind solche technischen Details für den Nutzer irrelevant und sollten nicht künstlich in den Mittelpunkt einer dann nur noch schwerlich nachvollziehbaren Abgrenzung zwischen verschiedenen Informations- und Kommunikationsdiensten gestellt werden. Kein Medienbruch liegt demnach z.B. vor, wenn im Rahmen einer WebTV-Verkaufsveranstaltung eine Bestellung per Internet-E-Mail getätigt wird.

Auch darf es sich bei einem Angebot z.B. nicht lediglich um einen Katalog handeln. Es muß sich vielmehr um eine „virtuelle Verkaufsveranstaltung“ handeln, bei der dem Nutzer interaktive Auswahlmöglichkeiten hinsichtlich der präsentierten Leistungen geboten werden. Der Vertragsschluß muß über dasselbe Medium wie das Angebot erfolgen. Beim Angebot von Waren im Internet muß die Bestellung beispielsweise per E-Mail möglich sein. Die interaktiv-wirtschaftliche Prägung, die den Dienst zum Teledienst macht, ergibt sich aus der Bestellmöglichkeit über dasselbe Medium. Damit ist der Charakter des Dienstes nicht abhängig von der tatsächlich genutzten Bestellweise. So ist der Mediendienst Teleshopping (Fernseheinkauf) eindeutig durch den „Medienbruch“ bei der Bestellung per Telefongespräch vom Teledienst abzugrenzen.

Als Abgrenzung zu den Mediendiensten sollte das Kriterium der „redaktionellen Gestaltung zur Informationsbildung“ in die Generalklausel übernommen werden. Bisher findet sich diese wichtige Formulierung relativ versteckt in § 2 Abs. 4 Nr. 3 TDG. Der Bund schließt mit dieser Hervorhebung in Ergänzung zu § 2 Abs. 5 TDG auch definitorisch eine Verkürzung der Landeskompentenzen für das Pressewesen aus.

2. Klarstellung der Anwendungsbereiche von TKG und TDG

a) Abgrenzung von Telediensten und Telekommunikation

Regulierungsoption

Anpassung des § 2 Abs. 4 TDG

Novellierungsvorschlag § 2 Abs. 4 TDG (fettgedruckte Teile zeigen die im folgenden vorgeschlagenen Änderungen des geltenden Rechts an).

§ 2 Geltungsbereich

(...)

(4) Dieses Gesetz gilt nicht für

1. die den Telediensten zugrunde liegenden Telekommunikationsdienstleistungen

(...)

Definitionsgemäß sind Teledienste mit der Nutzung von Telekommunikation (§ 3 Nr. 16 TKG) verbunden (§ 1 TDG). Die bisherige Formulierung des § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG, die nur auf das Vorliegen von Telekommunikationsdienstleistungen und das geschäftsmäßige Erbringen von Telekommunikationsdiensten abstellt, ermöglicht eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des TDG durch das TKG. Wäre § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG so auszulegen, daß das TDG immer dann nicht anwendbar ist, wenn der Teledienst mit einer Telekommunikationsdienstleistung verknüpft ist, so bliebe für das TDG kein Anwendungsbereich neben dem TKG übrig.¹⁷

Problem: Der bisherige § 2 Abs. 4 TDG ist mißverständlich formuliert, da das Verhältnis zwischen Telekommunikation und Telediensten nicht präzise beschrieben wird.

Lösung: Klarstellung durch Festschreibung des Stufenverhältnisses zwischen technischer Plattform (Telekommunikation) und Inhaltsebene (Teledienste).

Funktionsbezogene Abgrenzung

In Praxis und Literatur besteht Einigkeit darüber, daß die Regelungen des TKG sich auf die technischen Grundlagen der Kommunikation beziehen,¹⁸ während das TDG Regelungen bezüglich bestimmter Kommunikationsinhalte trifft.¹⁹ Das TKG ist demnach inhaltsneutral. Auf einen Sachverhalt ist also sowohl das TDG als auch das TKG anwendbar.²⁰ Die Abgrenzung der Anwendungsbereiche soll funktionsbezogen erfolgen. Nicht vom TKG umfaßt wird der Inhalt der zugehörigen Dienste.²¹ Eine systematische Auslegung des TDG (insbesondere § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG) im Verhältnis zum TKG zwingt umgekehrt zu dem Schluß, daß das TDG „Telekommunikation“ i.S.d. TKG voraussetzt, aber nicht auf diesen technischen Vorgang anwendbar ist.²² Eine derartige Auslegung, die vom Primat des Telekommunikationsrechts ausgeht und nur den verbleibenden Rest eines Dienstes der Regulierung durch das TDG zuweist, ergibt sich nicht nur aus § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG. Vielmehr verweist schon die Definition der Teledienste in § 2 TDG auf den Begriff der „Telekommunikation“. Mit diesem Merkmal wird die technische Grundlage der Kommunikation umschrieben, um den Begriff „Teledienst“ von andersartig verbreiteten Informations- und Kommunikationsdiensten (Printmedien, Datenträger) abzugrenzen. Telekommunikation ist demnach Grundlage der Teledienste, also diesen vorausgesetzt. Im übrigen gebietet auch die Fortentwicklung der Telekommunikation eine Auslegung vom Begriff der Telekommunikation her. Neue Telekommunikationstechniken, wie z.B. die paketvermittelten Telefondienste, würden sonst vorschnell

16) Ähnlich auch die amtl. Begründung BT-Drs. 13/7385 zu § 2 Abs. 2 Nr. 5 TDG; auch Engel-Flechsigt/Maennel/Tettenborn (o. Fußn. 3), S. 11.

17) Ähnlich Moritz/Winkler, Datenschutz und Online-Dienste, NfW-CoR 1997, 43, 48.

18) Schuster, in: Beck'scher TKG Kommentar, 1. Aufl. 1997, § 1 Rdnr. 22; Engel-Flechsigt/Maennel/Tettenborn (o. Fußn. 3), S. 14, Fußn. 54.

19) Engel-Flechsigt/Maennel/Tettenborn (o. Fußn. 3), S. 14; Amtl. Begründung zum Regierungsentwurf BT-Drs. 13/7385 Teil A.

20) So auch die amtliche Begründung (BT-Drs. 13/7385) zu § 2 TDG. I.ü. setzt § 5 Abs. 4 TDG mit seinem Verweis auf § 85 TKG eine solche parallele Anwendbarkeit voraus.

21) Engel-Flechsigt/Maennel/Tettenborn (o. Fußn. 3), S. 14.

22) So auch die Begründung zu § 2 Abs. 4 TDG in BT-Drs. 13/7385.

aus dem Anwendungsbereich des TKG ausgegrenzt, das Telekommunikationsrecht würde auf diesem Wege sukzessive ausgehöhlt.

Die neue Formulierung des § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG stellt diese Zusammenhänge klar. Teledienste bauen auf der Übertragungstechnischen Telekommunikationsplattform auf, verfügen darüber hinaus aber über weitere Merkmale, die einer inhaltlichen Regulierung zugänglich sind. Nur diese Kommunikationsinhalte kann das TDG betreffen.

Wettbewerbsrechtliche Gesichtspunkte

Eine solche Klarstellung hat auch Konsequenzen für die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Regelungen. Durch die enge Verknüpfung der Teledienste mit Telekommunikationsdienstleistungen käme in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht nicht nur eine Anwendung des GWB in Frage, sondern ebenfalls eine direkte oder analoge Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Regelungen des TKG. Die durch den Änderungsvorschlag bewirkte klarere Abgrenzung zwischen TDG und TKG spricht gegen die letzte Alternative. Die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des TKG sind Teil einer sektorspezifischen Regulierung, die mit präventiven Eingriffsbefugnissen eine höhere Eingriffsintensität aufweisen kann als die Regelungen des GWB. Sie zielt auf die Öffnung bestehender Märkte und ist daher kaum auf den sich erst entwickelnden Markt für Teledienste anwendbar. Darüber hinaus hat die sektorspezifische Regulierung des TKG angesichts der raschen Wettbewerbsentwicklung im TK-Markt nur befristete zeitliche Bedeutung.²³ Einer analogen Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Regelungen des TKG steht der Gesetzesvorbehalt in der Eingriffsverwaltung entgegen. Wettbewerbsrechtlicher Beurteilungsansatz muß bei den Telediensten die durch den Dienstehalt geschaffene Position am Markt und nicht die Übertragungsdienstleistung sein. Diesen Erfordernissen wird am ehesten das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gerecht. An den spezifischen Regelungen des TKG, RStV und auch des Fernmeldeüberwachungsgesetz (FÜG) läßt sich erkennen, daß der Gesetzgeber dort, wo er spezifische Regulierungsformen für angebracht hält, diese auch eigens vorsieht.

Schlußfolgerung

Mit der Präzisierung des § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG ist allerdings nur eine systematisch-allgemeine Abgrenzung getroffen. Die Konsequenzen für das einzelne Angebot können demnach nur von Fall zu Fall anhand einer Differenzierung zwischen den Übertragungstechnischen Merkmalen der Telekommunikation und den tatsächlichen Erscheinungsformen von Telediensten getroffen werden.

b) Sperrverpflichtungen von Access-Providern als Beispiel einer konkreten Abgrenzung zwischen Telekommunikation und Teledienst

Regulierungsoption

Anpassung des § 5 Abs. 4 TDG

Novellierungsvorschlag § 5 Abs. 4 TDG (fettgedruckte Teile zeigen die im folgenden vorgeschlagenen Änderungen des geltenden Rechts an).

§ 5 Verantwortlichkeit

(...)

(4) (...) Dies gilt nicht für die Vermittlung des Zugangs zu einer unbestimmten Vielzahl von fremden Diensten.

Die Präzisierung der Anwendungsbereiche von TDG und TKG aufgrund der vorgeschlagenen Neufassung des § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG beantwortet freilich noch nicht die Frage, unter welches Regime – TKG oder TDG –, insbesondere unter welche Haftungsregelungen, der sog. Access-Provider fällt. Das spektakuläre Strafurteil gegen den früheren Geschäftsführer der deutschen CompuServe-Niederlassung²⁴ illustriert, welche Einordnungsschwierigkeiten deutsche Gerichte bei der Anwendung der Verantwortlichkeitsregelungen des TDG haben.

Eine Nähe zur Telekommunikation weisen unter den an einem typischen Online-Zugriff Beteiligten²⁵ insbesondere die Network- und Access-Provider auf.

Network-Provider

Die Tätigkeit des Netzanbieters beschränkt sich auf das Angebot von Übertragungswegen oder -kapazitäten. Dieses kann zunächst Telekommunikationsinfrastruktur im herkömmlichen Sinne sein, wie ein Public Switched Telephone Network (PSTN). Darüber hinaus kann es sich aber auch um eine für Datennetze spezifische Infrastruktur handeln, wie Rechner im Internet, die über Wahl- oder Standleitungen miteinander verbunden sind. Dieses Angebot stellt jedenfalls Telekommunikation im Sinne des TKG dar.²⁶ Um überhaupt den Anwendungsbereich des TDG zu eröffnen, müssen zur reinen Dienstleistung des Network-Providers noch die Elemente des Informations- oder Kommunikationsdienstes hinzutreten. Aufgrund einer funktionalen Abgrenzung zwischen TDG und TKG läßt sich demnach der Netzanbieter dem TKG zuordnen. Diese Zuordnung wird bestätigt durch eine Betrachtung aus Sicht des Nutzers eines Teledienstes: im Verhältnis zu diesem bleibt die Dienstleistung des Network-Providers vollkommen transparent. Konstitutives Merkmal eines Informations- oder Kommunikationsdienstes kann die Dienstleistung des Network-Providers demnach nicht sein. Schließlich würde eine Einbeziehung des Netzanbieters in den Anwendungsbereich des TDG dazu führen, daß etwa der Betreiber eines PSTN je nach Nutzung durch den Teilnehmer einen Teledienst anbieten würde, ohne selbst darauf Einfluß zu haben. Durch die Einwahl ins Internet über den Teilnehmerendanschluß eines öffentlich vermittelten Telefonnetzes wird der angeschlossene Rechner ebenso Teil des Internets wie die genutzte Telefonleitung. Die Statuierung einer Verantwortlichkeit des Telekommunikationsdienstleistungsanbieters erscheint in diesem Fall weder sachgerecht noch möglich. Der Begriff des Network-

23) Siehe auch § 81 Abs. 3 TKG.

24) *AG München v.* 28.5.1995 mit Anm. Sieber, MMR 1995, 429 ff.; *Bender, Bavaria vs. Felix Somn: The Pornography Conviction of the former CompuServe Manager*, abrufbar unter http://www.digital-law.net/CLP/1_1998.

25) Zu den Beteiligten: Sieber, Kontrollmöglichkeiten zur Verhinderung rechtswidriger Inhalte in Computernetzen, CR 1997, 581 ff.

26) *Schuster (o. Fußn. 18)*, § 4 Rdnr. 5.

Providers muß also zunächst auf diejenigen Anbieter verengt werden, die spezifische Datendienste anbieten.

Das Angebot der Durchleitung von Daten zu beliebigen Endpunkten innerhalb oder außerhalb des eigenen Netzes ist im Verhältnis zum Teledienst eher als Telekommunikation denn als Kommunikationsdienst im Sinne des TDG zu verstehen. Ebenso wie der Betreiber eines PSTN originär Kapazitäten zur Übertragung von Sprachtelefonie zur Verfügung stellt, stellt der Network-Provider Bandbreite zur Übertragung von Daten zur Verfügung. Dieser Einordnung des Network-Providers als Telekommunikationsdiensteanbieter steht auch nicht entgegen, daß seine Dienstleistung oftmals (z.B. Standleitungen) auf Telekommunikationsdienstleistungen Dritter beruht. Nach § 3 Nr. 18 TKG erbringt nicht nur der Betreiber eines Telekommunikationsnetzes Telekommunikationsdienstleistungen, sondern auch derjenige, der sich eines solchen Telekommunikationsnetzes, z.B. als Reseller, bedient.²⁷ Der Verweis des § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG kann demnach nur so verstanden werden, daß die Tätigkeit des Network-Providers nicht unter das TDG zu subsumieren ist.²⁸

Den Netzbetreiber als Zugangsvermittler i.S.d. § 3 Nr. 1 TDG zu verstehen, verbietet sich für den Hauptanwendungsfall des Internet alleine schon deshalb, weil dieses nur als Summe von Einzelnetzen verstanden werden kann.²⁹ Wäre schon der Network-Provider Zugangsanbieter, so bliebe nichts, zu dem der Zugang vermittelt werden könnte.

Die Tätigkeit des Network-Providers ist demnach ausschließlich dem Telekommunikationsrecht zuzuordnen. Seine Verantwortlichkeit kann sich nicht direkt aus § 5 TDG ergeben. Damit würde der Network-Provider aber auch der privilegierenden Wirkung, der Filterfunktion³⁰ des § 5 TDG, verlustig gehen. Im inhaltsneutralen TKG finden sich keinerlei Vorschriften über die Verantwortlichkeit des Telekommunikationsanbieters für den Telekommunikationsinhalt. Dieser historisch zu erklärende Befund überrascht auch nicht. Die staatliche Inanspruchnahme für Inhalte in der Telekommunikation setzt von jeher beim Sender oder Empfänger an, nicht beim Betreiber des Übertragungsmediums. Demgegenüber finden sich im TKG (§§ 85 ff.) weitreichende Regelungen über staatliche Zugriffe auf den Kommunikationsinhalt und die näheren Umstände von Telekommunikationsvorgängen. Hieraus ist zu schließen, daß die Inanspruchnahme des Telekommunikationsdienstleisters für rechtswidrige Kommunikationsinhalte Dritter³¹ aus allgemeinen Vorschriften (etwa der ordnungsbehördlichen Generalklausel) ausgeschlossen ist.³² Der Gesetzgeber ist hier abschließend tätig geworden. Eine Inanspruchnahme des Network-Providers erscheint allerdings auch nicht notwendig. Wird auf Basis seiner Dienstleistung ein Informations- und Kommunikationsdienst angeboten, so liegt auf jeden Fall ein Teledienst vor, dessen Anbieter nach Maßgabe des § 5 TDG in Anspruch genommen werden kann.

Access-Provider

Der Begriff des „Access-Providers“ hat in der juristischen Literatur bisher keine deutliche Ausformung erfahren. Als gesichert kann gelten, daß der Access-Provider im Gegensatz zum Netzanbieter nicht nur die Nutzung von Übertragungskapazitäten anbietet. Spezifisch für den Access-Provider ist vielmehr das Angebot einer bestimmten Form der Datenübertragung.³³ Ein Internet-Access-Provider, als derzeit häufigste Erscheinungsform solcher Dienste, stellt ne-

ben der Einwahlmöglichkeit noch die zum Verbindungsaufbau erforderlichen Protokollfunktionen (im Falle des Internet z.B. IP-Adresse, Name-Service, Routing) und zu- meist auch die Abrechnung der Dienstleistung zur Verfügung. Seine Dienstleistung ist nicht die reine Datenübertragung, sondern darüber hinaus und spezifisch das Einbinden des Rechners des Nutzers in ein Kommunikationsnetz. Eine Unterscheidung des Access-Providers gegenüber dem Anbieter eigener Inhalte i.S.d. § 5 Abs. 1 TDG ist in der Praxis weniger evident zu gewinnen. Häufig werden mit der Zugangsvermittlung andere Dienstleistungen gekoppelt. Soweit es sich dabei um abgrenzbare Dienste,³⁴ wie z.B. News oder E-Mail, handelt, wird der Access-Provider mit diesem Angebot auch als Service-Provider tätig. Eine rechtliche Kategorie i.S.d. TDG ist der Begriff des Internet- oder Online-Service-Providers aber nicht. Die Dienstleistungen, die unter diesem Begriff zusammengefaßt werden, müssen einzeln betrachtet und in die Systematik des TDG eingeordnet werden. Im Hinblick auf den Access-Provider stellt sich diese Frage insbesondere für Angebote, die eng mit der Zugangsvermittlung verknüpft sind, wie z.B. Navigationssysteme oder Benutzeroberflächen. Solange durch eine Benutzeroberfläche lediglich Funktionen zur Steuerung der Datenübertragung verfügbar gemacht werden (wie z.B. die dienstebezogenen Auswahlpunkte auf der Leitseite des klassischen BTX), ist dies noch Zugangsvermittlung. Zum Access-Providing gehören demnach all jene Angebote, die unabdingbar sind, um die technische Funktionalität des Dienstes voll nutzen können. Für Internet-Access-Provider besitzt diese Abgrenzung regelmäßig kaum Bedeutung, da die Steuerungsmechanismen noch im Protokoll (z.B. Verbindungsaufbau) implementiert sind oder erst auf Anwendungsebene (z.B. Web-Browser) relevant werden. Für proprietäre Dienste, wie z.B. AOL oder T-Online, gilt aber, daß die Teile der Benutzeroberfläche, die Verweise auf Angebote Dritter oder eigene Inhalte darstellen, nicht mehr der Zugangsvermittlung zuzuordnen sind. Diese sind als eigenständige Teledienste nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 TDG zu behandeln.

Die Einordnung des Access-Providers in die Systematik des TDG ist ebenfalls nicht eindeutig möglich. Das TDG

27) Schuster (o. Fußn. 18), § 4 Rdnr. 5.

28) Ebenso Koch, Zivilrechtliche Anbieternhaftung für Inhalte in Kommunikationsnetzen, CR 1997, 193; 199; a.A. Pelz, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern, ZUM 1998, 530, 534.

29) Diese Tatsache ist bei Sieber (o. Fußn. 25), 583, der eine Einbeziehung der Network-Provider in das TDG annimmt, nicht hinreichend berücksichtigt.

30) Vgl. Engel-Flehsig/Maennel/Tettenborn (o. Fußn. 3), S. 16.

31) Diesem Schluß könnte entgegengesetzt werden, daß es sich bei einem Network-Provider nicht mehr um den Vermittler von Individualkommunikation handelt, für die diese Privilegierung zugeschnitten ist. Dabei würde aber übersehen, daß auch der Netzbetreiber nur die Verbindung zwischen einzelnen Rechnern herstellt und auf den Inhalt der Nutzung keinen Einfluß hat.

32) Für den Telekommunikationsanbieter ebenso Engel-Flehsig, Das Informations- und Kommunikationsdienstengesetz des Bundes und der Mediendienste-staatsvertrag der Bundesländer, ZUM 1997, 231, 236; Pelz (o. Fußn. 28), S. 533; auch BT-Drs. 13/7385 zu § 5 Abs. 4.

33) Ob hier von einem „Dienst“ i.S.d. „überkommenen Netze- und Diensteschemas der Fernmeldetechnik“ gesprochen werden könnte, erscheint fraglich. Im immer noch häufigsten Fall der Nutzung analoger Übertragungswege mittels Modem wird der eigentliche Datenstrom, der hier als Dienst zu bezeichnen wäre, seinerseits nur auf dem originären Dienst „Sprachtelefonie“ abgebildet. Anders jedoch schon im Falle der Nutzung von ISDN, wenn dort spezifische Dienste (z.B. HDLC) in Anspruch genommen werden.

34) Spezifisch sind diese Dienste zumindest insoweit, als technisch gegenüber der reinen Zugangsvermittlung auf der Transportschicht (im Internet etwa TCP und UDP) weitergehende Protokollfunktionalität verfügbar gemacht werden muß (Internet-News: NNTP, Internet-E-Mail: SMTP, POP3, IMAP), die meist auch mit der Vorhaltung von Serverdienstleistungen einhergeht.

selbst erwähnt in § 2 Abs. 2 Nr. 3 „Angebote zur Nutzung des Internet oder weiterer Netze“. Diese Vorschrift bezieht sich nach dem Willen des Gesetzgebers allerdings auf Angebote wie Navigationshilfen und Suchmaschinen.³⁵ Der Unterschied im Wortlaut (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TDG: „Angebot zur Nutzung“, §§ 3 Nr. 1, 5 Abs. 3 TDG: „Zugang zur Nutzung“) stützt diesen Befund. Damit sind Access-Provider nicht in den Regelbeispielen des TDG zu finden; eine explizite Teledienstekategorie „Zugangsvermittlung“ existiert im TDG nicht. Eine systematische Auslegung, insbesondere der §§ 3 Nr. 1, 5 Abs. 3 TDG, ergibt aber, daß auch ein Access-Provider unter das TDG und insbesondere die Haftungsvorschrift des § 5 TDG fällt. So erwähnt § 3 Nr. 1 TDG als „Diensteanbieter“ solche, die „den Zugang zur Nutzung vermitteln“. Die Formulierung des § 3 Nr. 1 TDG legt nahe, daß die Vermittlung von Zugang zu Telediensten selbst keinen Teledienst i.S.d. § 2 Abs. 1 TDG darstellt,³⁶ aber über die Definition des „Diensteanbieters“ in § 3 Nr. 1 TDG in den Anwendungsbereich des Gesetzes miteinbezogen wird.

Die Verantwortlichkeit des Access-Providers für Inhalte ist damit nach § 5 TDG zu bestimmen. Gerade diese Norm zeigt für die Haftung von Access-Providern allerdings Unschärfen. So ist ein Zugangsvermittler nach § 5 Abs. 3 TDG zunächst nicht für fremde Inhalte verantwortlich, deren Nutzung er lediglich vermittelt. § 5 Abs. 4 TDG eröffnet dagegen auch für fremde Inhalte – bei Kenntnis derselben – eine Sperrungsverpflichtung aufgrund der allgemeinen Gesetze im Rahmen des (objektiv³⁷) technisch möglichen und zumutbaren. Der Zugangsanbieter könnte aufgrund dieser Vorschrift also ordnungsrechtlich als Störer in Anspruch genommen werden. Der Begriff des Zugangsanbieters bezieht sich dabei nicht nur auf Access-Provider im engeren Sinne, sondern erfaßt auch Formen „logischer“ Verweise auf fremde Inhalte, wie z.B. durch Hyperlinks.³⁸ Der Wortlaut des § 5 Abs. 4 TDG ist im Hinblick auf Zugangsanbieter aber nicht eindeutig. Der Bezug auf den „Diensteanbieter“ könnte auch den Zugangsvermittler nach § 5 Abs. 3 TDG erfassen.³⁹ Damit wären auch Access-Provider erfaßt. Allerdings ist die Rechtsfolge des § 5 Abs. 4 TDG die Anordnung einer Sperrung der Nutzung. Eine sachgerechte Formulierung für den Access-Provider müßte dagegen auf die Sperrung des Zugangs abstellen. § 5 Abs. 3 TDG, der demgegenüber auf den „Zugang zur Nutzung“ abstellt, legt eine solche sprachliche Differenzierung durchaus nahe. Bei einer solchen Auslegung

wäre § 5 Abs. 4 TDG auf Zugangsanbieter nicht anwendbar.⁴⁰ Aus dem abschließenden Charakter der Regelung des § 5 TDG wäre zu schließen, daß eine Inanspruchnahme des Access-Providers ausgeschlossen ist. Die geltende – doppeldeutige – Gesetzesformulierung läßt aber beide Auslegungen zu.

Damoklesschwert des Compuserve-Urteils

Vor dem Hintergrund der derzeitigen Diskussion um rechtswidrige Inhalte in Datennetzen zeichnet sich eine extensive Auslegung des § 5 TDG durch die deutschen Strafverfolgungsbehörden ab.⁴¹ Der Fall des früheren Geschäftsführers der deutschen Compuserve-Niederlassung⁴² bestätigt hier eindrucksvoll die Bedenken, die schon im Gesetzgebungsverfahren⁴³ gegen die Systematik des § 5 TDG vorgebracht wurden. Eine Präzisierung des Gesetzeswortlauts erscheint aus Gründen der Rechts-

sicherheit unumgänglich. Die überwiegenden Gründe sprechen dabei für eine Befreiung des Access-Providers von jeglicher Sperrverpflichtung für die übertragenen Inhalte. Wie die Erfahrung zeigt,⁴⁴ befinden sich die inkriminierten Inhalte zumeist auf ausländischen Servern. In diesem Fall kann der Content-Provider von deutschen Behörden nicht primär in die Pflicht genommen werden. Auch ein Ersatz der durch die Sperrung entstehenden Kosten wird für den Access-Provider zumeist nicht möglich sein. Daher kann dem Access-Provider ein Übermaß an Kosten durch die Sperrungsverpflichtung entstehen. Auch muß der Access-Provider sein Unternehmen so strukturieren, daß ihm diese Sperrungen möglich sind. Dies stellt für den Unternehmer hinsichtlich des unüberschaubaren Angebots im Internet eine unkalkulierbare Belastung dar. Noch im Gesetzgebungsverfahren wurde daher die ersatzlose Streichung des § 5 Abs. 4 TDG vorgeschlagen.⁴⁵ Ein expliziter Ausschluß der Access-Provider aus dem Anwendungsbereich des TDG wäre aber noch keine Problemlösung. Schließlich könnte der Access-Provider nach allgemeinem Polizei- und Ordnungsrecht als Störer herangezogen werden. Denn im Gegensatz zum Network-Provider ist seine Tätigkeit aufgrund der Definition des § 3 Nr. 1 TDG nicht als reine Telekommunikationsdienstleistung anzusehen. Insoweit hat § 5 Abs. 4 TDG für den Diensteanbieter privilegierende Wirkung: er kann nur bei positiver Kenntnis und nur auf Sperrung in Anspruch genommen werden. Abhilfe würde hier eine Haftungsfreistellung für reine Access-Provider bieten. Die vorgeschlagene Ergänzung des § 5 Abs. 4 TDG schließt dementsprechend eine Sperrungsverpflichtung für reine Zugangsvermittler ausdrücklich aus. Der Access-Provider steht dem Charakter seiner Dienstleistung entsprechend dem Telekommunikationsanbieter näher als dem Content-Provider. Wie der Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen stellt der Zugangsvermittler eine technische Plattform zur Weitergabe von Informationen zur Verfügung, ohne Einfluß auf die übermittelten Inhalte zu haben. Es ist daher durchaus sachgerecht, dem reinen Zugangsanbieter genau wie dem Telekommunikationsanbieter keine Sperrverpflichtung aufzuerlegen. Ein solcher Ausschluß der öffentlich-rechtlichen Inanspruchnahme des Access-Providers könnte hinsichtlich der aktuellen Diskussion um kinderpornographische und rechtsextremistische Inhalte in Datennetzen aber auf politischen Widerstand stoßen. Bei Betrachtung der staatlichen Handlungsmöglichkeiten erscheint dieses Vorgehen dennoch sachgerecht. Rechtswidrig ist zunächst der Inhalt und nicht die Übermittlung.

35) Engel-Flehsig/Maennel/Tettenborn (o. Fußn. 3), S. 11. BT-Drs. 13/7385 zu § 2 Abs. 2 Nr. 3.

36) Innerhalb der Teledienstdefinition des § 2 Abs. 1 TDG könnte der Zugang auch nur einem sehr weit ausgelegten Merkmal „Kommunikationsdienst“ zugeordnet werden. Würde man so verfahren, wäre die Abgrenzung zum Merkmal „Übermittlung mittels Telekommunikation“ hintällig und die Abgrenzung zum TKG mittels § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG unmöglich.

37) Sieber (o. Fußn. 25), S. 584; Engel-Flehsig/Maennel/Tettenborn (o. Fußn. 3), S. 18.

38) Koch (o. Fußn. 28), S. 200; Pelz (o. Fußn. 28), S. 533.

39) So Spindler, Störerhaftung im Internet. K&R 1998, 177, 178.

40) Wohl ebenso Engel-Flehsig (o. Fußn. 32), S. 239; anders aber Engel-Flehsig/Maennel/Tettenborn (o. Fußn. 3), S. 16.

41) Sieber, „Technisch möglich und zumutbar“: Geeignete Kriterien für die Praxis?, abrufbar unter: <http://www.iukdg.de>.

42) Siehe o. Fußn. 24.

43) Vgl. Protokoll der Sachverständigenanhörung in BT-Drs. 13.7934 Teil A. 4.

44) Sieber (o. Fußn. 41).

45) BT-Drs. 13/7934 zu Art. 1 § 5.

Der freie Zugang zu Kommunikationsnetzen als erklärtes Ziel des Gesetzgebers würde durch eine Sperrverpflichtung für Access-Provider ins Gegenteil verkehrt. Die staatliche Ohnmacht gegenüber Rechtsverstößen außerhalb des eigenen Hoheitsgebiets würde zu einer Abwälzung der Verantwortlichkeit auf den Access-Provider führen.⁴⁶

Die sozial wertvolle Aufgabe,⁴⁷ eine moderne Kommunikationsinfrastruktur zu gewährleisten, würde durch eine solche Inanspruchnahme für das Verhalten Dritter entwertet. Im Hinblick auf die Begriffe „technisch möglich“ und „zumutbar“ dürfte die Freistellung des Access-Providers von der Verantwortung für Inhalte Dritter lediglich eine Rechtsfolge festschreiben, die ohnehin durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Rechtsstaatsprinzip vorgegeben ist.⁴⁸

Letztlich öffnet die Freistellung des Zugangsvermittlers von jeglicher Inhaltsverantwortung auch den Weg zu einer sachgerechten Bekämpfung rechtswidriger Inhalte beim Verursacher.⁴⁹ Eine umfassende Kontrolle der Inhalte in einem weltumspannenden Datennetz wie dem Internet würde ohnehin jede Kontrollinstanz überfordern. Gerade bei inkriminierten Inhalten, deren Angebot eine Verwertungshandlung zu vorherigen rechtswidrigen Taten darstellt (z.B. Verbreitung von Raubkopien oder pädophiler Inhalte), kommt eine Sperrung beim Access-Provider eher einer Verdrängung der Tatsachen gleich. Ein weltweiter freier Zugang zu Datennetzen würde dagegen verstärkte Bemühungen um die Verhinderung der Einspeisung rechtswidriger Inhalte fördern. Damit würden staatliche Maßnahmen beim Verursacher, nämlich dem Content-Provider, ansetzen. Nur ein solches Ansetzen beim Content-Provider vermag auch sicherzustellen, daß eine gesetzliche Regelung im Einklang mit den Grundrechten der Nutzer auf freien Zugang zu öffentlichen Informationsquellen (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) steht und nicht gegen das Verbot der Vorzensur (Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG) verstößt. Noch engere Grenzen sind einer Einschränkung der Freiheit der Wissenschaft und Forschung (Art. 5 Abs. 3 GG) durch die Sperrung von Inhalten gesetzt.⁵⁰

Die vorgeschlagene Streichung der Sperrverpflichtung für Zugangsanbieter unterstützt den Ansatz, rechtswidrige Inhalte beim Verursacher zu bekämpfen. Der Anwendungsbereich des § 5 Abs. 4 TDG beschränkt sich danach in der Hauptsache auf die Inanspruchnahme von Service-, Online- und Content-Providern sowie auf Sperrverpflichtungen für Hyperlinks und ähnliche Formen der Verknüpfung mit fremden Inhalten. Die gewählte Formulierung „(...) Vermittlung des Zugangs zu einer unbestimmten Vielzahl von fremden Diensten“ soll die Vorschrift für eine Sperrverpflichtung für Hyperlinks offenhalten. Die Löschung eines bestimmten, von ihm gesetzten Hyperlink kann von einem Access-Provider durchaus verlangt werden. Die vorgeschlagene Gesetzesänderung hat darüber hinaus den Vorteil, daß etwa ein Betreiber von Suchmaschinen nicht zur (technisch schwierigen) Sperrung von einzelnen Verweisen gezwungen werden kann, denn auch dieser vermittelt nicht den Zugang zu einem bestimmten fremden Dienst, sondern höchstens zu einer bestimmbar Anzahl von fremden Inhalten.

Schließlich führt der vorgestellte Änderungsvorschlag auch nicht zu einem gänzlichen Ausschluß staatlicher Eingriffsbefugnisse in die Tätigkeit des Access-Providers. Aus-

geschlossen wird, daß der Access-Provider als Störer im Sinne des Polizei- und Ordnungsrechts in Anspruch genommen werden kann. Die Vorschriften über die Inanspruchnahme von Nichtstörern bleiben unberührt. Maßnahmen gegen Nicht-Polizeipflichtige sind allerdings an engere Eingriffsvoraussetzungen⁵¹ geknüpft und mit einer Ausgleichspflicht verbunden. Dem Access-Provider steht also im Fall der Inanspruchnahme durch staatliche Behörden eine Kostenerstattung zu.

Der Access-Provider und der MDStV

Im Zusammenhang mit der Verantwortlichkeit des Access-Providers ist über § 5 Abs. 4 TDG hinaus geltend gemacht worden, daß die Regelung des § 18 Abs. 3 MDStV zu einer Inanspruchnahme von Zugangsvermittlern führen könnte.⁵² § 18 Abs. 3 MDStV normiert ausdrücklich eine – wenn auch subsidiäre – Sperrverpflichtung für Zugangsvermittler. Auch § 3 Nr. 1 MDStV erfaßt mit der Definition des „Anbieters“ solche, die „(...) den Zugang zur Nutzung vermitteln“. Für Access-Provider könnte dies bedeuten, daß eine Sperrverpflichtung nur für Mediendienste bestehen würde. Diese wäre also abhängig von dem durch den Nutzer abgerufenen Inhalt. Entscheidend wäre demnach, ob ein abgerufener Dienst, etwa eine private Homepage, als Medien- oder Teledienst zu qualifizieren wäre. Eine solche Anwendung des MDStV auf Access-Provider ist aber abzulehnen. Als rein wirtschaftlicher Vorgang ohne Bezug zum übermittelten Inhalt fällt die Tätigkeit des Access-Providers in den bundesrechtlichen Regelungsbe- reich. § 1 TDG stellt den Gesetzeszweck, „einheitliche wirtschaftliche Rahmenbedingungen“ für die Neuen Dienste zu schaffen, ausdrücklich klar: Die wirtschaftliche Betätigung auf dem Gebiet der Neuen Dienste wird durch das TDG geregelt. Die inhaltsindifferenten Ebenen des Datentransports sind dem TKG oder dem TDG zuzuordnen; eine Länderkompetenz zur Normsetzung in diesem Gebiet besteht nicht. So ist im MDStV auch für Abrufdienste geregelt, daß die „reine Übermittlung von Daten“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 MDStV) nicht in den Anwendungsbereich des Staatsvertrags fällt. Diese Regelung ist im Sinne einer ausgrenzenden Bezugnahme auf die Teledienstebeispiele des § 2 Abs. 2 TDG zu verstehen. Die Tätigkeit des Access-Providers läßt sich zwar nicht auf einen Abrufdienst verkürzen, allerdings muß die Anwendbarkeit des MDStV auf die unteren Ebenen des Datentransports erst recht ausgeschlossen sein, wenn er schon auf der Anwendungsebene unanwendbar ist. Die Regelung des § 18 Abs. 3 MDStV bleibt demnach auf Service-, Online- oder Content-Provider beschränkt, soweit deren Inhalte Mediendienste sind. Das Tatbestandsmerkmal „Zugang zur Nutzung vermitteln“ des § 3 Nr. 1 MDStV verweist auf Hyperlinks oder das Angebot von Navigatoren und ähnlichen Hilfsmitteln zur Nutzung von Mediendiensten.

46) Etwa auch durch erweiterte Verpflichtungen zur Speicherung von Verbindungsdaten, vgl. *Schulzki-Haasouti*, Nicht den Anschluß verlieren – Das Bundesinnenministerium zur Kontrolle des Internet, c't 1998, Heft 18, S. 84 f.

47) *Engel-Flehsig/Maennel-Tettenborn* (o. Fußn. 3), S. 16.

48) Ähnlich *Sieber* (o. Fußn. 25), S. 668, der aufgrund fehlender Zumutbarkeit von möglichen Sperrmaßnahmen der Regelung des § 5 Abs. 4 TDG eine nur geringe Bedeutung beimisst.

49) *Sieber* (o. Fußn. 41).

50) *Eichler/Helmers*, Link(s) – Recht(s) – Technische Grundlagen und Haftungstragen bei Hyperlinks, 6B 1997, Supplement Kommunikation & Recht (Beilage zu Heft 18), S. 23, 25.

51) *Prümm/Sigrist*, Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsrecht, 1997, S. 104 ff.

52) *Engel-Flehsig* (o. Fußn. 32), S. 239.

Für Internet-Service-Provider und Online-Service-Provider, die neben dem Access-Providing noch weitere Dienste (z.B. News oder E-Mail) anbieten, ist zwischen den verschiedenen Angeboten abzugrenzen.⁵³ Für das Access-Providing gelten die obigen Ausführungen. Hinsichtlich der anderen Dienste sind die Vorschriften des § 5 TDG anwendbar.

3. Verzicht des Bundes auf die Regulierung der Teledienste

Regulierungsoption

Aufhebung des TDG und Verweisung auf die landesrechtlichen Regelungen durch Bundesgesetz.

Die Überwindung der Kompetenzteilung zwischen Bund und Ländern könnte theoretisch auch durch einen Regelungsverzicht des Bundes zugunsten der Länder realisiert werden. Ein Verzicht des Bundes auf die Regulierung der Teledienste würde die kompetenzrechtlich bedingten Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen TDG und MDStV beseitigen. Verfassungsrechtlich erforderlich wäre hierzu nicht nur die Streichung des TDG und der Verzicht des Bundes auf eine erneute Regelung. Vielmehr müßte der Bund die Regelungskompetenz für diejenigen Teile des TDG, die auf einem Kompetenztitel nach Art. 73 GG beruhen (etwa nach Art. 73 Nr. 7 GG), explizit den Ländern zur Regelung zuweisen.⁵⁴ Für Regelungsmaterien aus Art. 74 GG reicht hingegen die Rücknahme einer bestehenden Regelung.

Durch eine anschließende Erweiterung des Anwendungsbereichs des MDStV auf alle Informations- und Kommunikationsdienste wäre hinsichtlich der Regulierungsdichte allerdings noch kein Fortschritt erzielt. Ohne eine inhaltliche Anpassung des MDStV würden alle Neuen Dienste der Regelung des MDStV unterworfen – ohne Rücksicht auf die sachliche Nähe zu Rundfunk- oder Presserecht. Demnach wäre eine solche Lösung nur sinnvoll, wenn die Länder innerhalb des MDStV zwischen Mediendiensten und den bisherigen Telediensten differenzieren und eine eindeutige Abgrenzung zum hochregulierten Rundfunk schaffen würden.

Das Abgrenzungsproblem von Informations- und Kommunikationsdiensten zum Rundfunk würde sich innerhalb des MDStV erneut stellen.

Zwar bestünde aus Ländersicht kein Anlaß mehr, im Rekurs auf einen vermeintlich weiten verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff die eigenen Kompetenzen zu sichern und die Neuen Dienste so zwangsläufig stärker zu regulieren. Auch würde eine Abstimmung zwischen den Ländern und dem Bund überflüssig. Ob dies allerdings angesichts der

immer noch erforderlichen Abstimmung der Länder untereinander einen entscheidenden Vorteil zu der derzeitigen Situation darstellt, ist zweifelhaft. Durch einen Rückzug des Bundes aus der Regulierung der Neuen Medien würde darüber hinaus eine weitere Instanz der vertikalen Gewaltenteilung beseitigt. Damit würde auch die Kontrolle von Änderungen der gesetzlichen Regelungen vermindert. Als wenig praktikabel könnte sich ein solcher Ansatz auch dann auswirken, wenn zukünftige EG-Regelungen umgesetzt sind, die oftmals Anpassungen des Zivil-, Wirtschafts- und Strafrechts mit sich bringen. Neben der Abstimmung der Länder untereinander wäre der Bund für solche Änderungen mit in den Gesetzgebungsprozeß einzubeziehen. Gerade unter Hinweis auf seine Kompetenz zur Gesetzgebung im Bereich der Wirtschaft hat der Bund das IuKDG erlassen. Auch die durch das IuKDG geänderten Vorschriften des Urheber-, Straf- und Jugendschutzrechts belegen die enge Verflechtung der Querschnittsmaterie Neue Medien mit zentralen Gegenständen der Bundesgesetzgebung.

Ohne eine entsprechende institutionelle Zusammenfassung der Aufsicht (s.u. Teil IV.) dürfte mit einem Verzicht des Bundes auf die Regulierung der Teledienste noch kein entscheidender Fortschritt erzielt sein. Resümierend läßt sich feststellen, daß ein Verzicht des Bundes auf die gesetzliche Regelung der Teledienste nicht nur politisch schwerlich umzusetzen sein dürfte, sondern auch keine Vorteile bei der Regulierung der Neuen Medien mit sich bringen würde.

III. Welche Regulierungsoptionen haben die Länder?

1. Novellierung der Mediendienstedefinition durch die Länder entsprechend einer Änderung der Teledienstedefinition durch den Bund

Regulierungsoption

Anpassung des MDStV an die vorgestellten Änderungen des TDG.

Novellierungsvorschlag § 2 MDStV (fettgedruckte Teile zeigen die im folgenden vorgeschlagenen Änderungen des geltenden Rechts an).

§ 2 MDStV Geltungsbereich

(1) Dieser Staatsvertrag **trifft abschließende Regelungen** für das Angebot und die Nutzung von elektronischen Informations- und Kommunikationsdiensten (Mediendienste) in Text, Ton oder Bild, die **mittels Telekommunikation** verbreitet werden und **die nicht dem interaktiven Dialog zwischen Nutzer und Anbieter dienen. Mediendienste sind auch solche interaktiven Dienste, bei denen eine redaktionelle Gestaltung zur Meinungsbildung im Vordergrund steht.**

(...)

Es bietet sich an, parallel zur oben vorgeschlagenen Teledienstedefinition die Mediendienstedefinition zu modifizieren. In der Einigung vom 1.7.1996⁵⁵ haben sich Bund und Länder darauf verständigt, daß sie sowohl das IuKDG als auch den MDStV „fortlaufend beobachten“ und „not-

53: Bock/Wobke, Selbstregulierung im Internet – Grundzüge eines Neuen Medienrechts. BB 1997, Supplement Kommunikation & Recht (Beilage zu Heft 18), S. 11, 12; Engel-Flehsig (o. Fußn. 32), S. 234.

54: Ein „ermächtigungseindliches Sachgebiet“, das einer Übertragung auf die Länder entgegenstehen würde, ist hier nicht anzunehmen, vgl. Kunig, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Bd. 3, 3. Aufl., Art. 71 Rdnr. 9 ff.

55: Einigung im Wortlaut bei Engel-Flehsig/Maennel/Tettenborn (o. Fußn. 3), S. 9.

wendige Anpassungen unverzüglich“ herbeiführen wollen.

Für die Formulierung muß auf die zugrunde liegende Länderkompetenz abgestellt werden. Nur eine Mediendienstedefinition, die in diesem Rahmen bleibt, hält den verfassungsrechtlichen Vorgaben stand. Der Regelung für Mediendienste liegt im wesentlichen die Rundfunkkompetenz der Länder zugrunde.

Problem: Das Kriterium der Adressierung an die Allgemeinheit wird von allen öffentlich zugänglichen Angeboten erfüllt.

Lösung: Die Formulierung der Mediendienstedefinition wird komplementär zur Teledienstedefinition ausgestaltet.

a) Probleme der geltenden Definition

Die derzeit verwendeten Kriterien „für eine individuelle Nutzung (...) bestimmt“ (TDG) und „an die Allgemeinheit gerichtete Informations- und Kommunikationsdienste“ (MDStV) schließen sich gegenseitig nicht aus.⁵⁶ Sie sind nicht geeignet, einen Dienst eindeutig entweder als Teledienst oder als Mediendienst einzuordnen. Die hier vorgeschlagene parallele Novellierung des TDG und des MDStV ermöglicht diese Bildung von komplementären Definitionen. Bei den Mediendiensten handelt es sich im Unterschied zu den Telediensten im Regelfall um Dienste, die inhaltlich nicht individualkommunikativ sind. Darauf muß die Definition im MDStV abstellen. Mit einer derartigen Formulierung in der Generalklausel kann diese Definition auch Hilfestellung leisten bei der Einordnung des „Verteildienstes in Form von direkten Angeboten für den Verkauf (...) von Erzeugnissen oder des Erbringens von Dienstleistungen“ als Mediendienst nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 MDStV. Wenn es sich nur um das Angebot handelt, liegt ein Mediendienst vor. Wird dagegen eine Bestellmöglichkeit über das gleiche Medium⁵⁷ und die interaktive Beeinflussung der Leistungspräsentation durch den Nutzer geboten, handelt es sich um einen Teledienst.

b) Vorgaben für eine neue Definition

Mit der Erwähnung des Kriteriums der redaktionellen Gestaltung ist sichergestellt, daß sich Angebote der elektronischen Presse nicht durch eine interaktive Gestaltung dem MDStV entziehen können.

Bei einer Novellierung des MDStV sollte gleichzeitig die Formulierung „unter Benutzung elektromagnetischer Schwingungen ohne Verbindungsleitung oder längs oder mittels eines Leiters“ im Sinne einer zeitgemäßen Formulierung verändert werden. Es ist auf den elektronischen Charakter der Dienste und damit auf die Übermittlung mittels Telekommunikation parallel zur Definition der Teledienste abzustellen.

Die Formulierung „trifft abschließende Regelungen“ dient der besseren Abgrenzung der Mediendienste vom Rundfunk, indem eine Ausdehnung der rundfunkrechtlichen Regelungen auf Mediendienste erschwert wird. Ein „fließender Übergang“ von Mediendiensten zum Rundfunk wird so verhindert, um den Anbietern größtmögliche Rechtssicherheit zu bieten. Darüber hinaus stellt diese Formulierung klar, daß Mediendienste nicht durch abwei-

chende Ländervorschriften einem engeren Regulierungsrahmen unterstellt werden dürfen.

2. Verbesserung der Abgrenzung der Mediendienste vom Rundfunk

Regulierungsoption

Abgrenzende Festlegung des Rundfunkbegriffs.

Novellierungsvorschlag zu § 2 RStV (fettgedruckte Teile zeigen die im folgenden vorgeschlagenen Änderungen des geltenden Rechts an).

§ 2 RStV Begriffsbestimmungen

(1) Rundfunk ist die für die Allgemeinheit bestimmte Veranstaltung und Verbreitung von Darbietungen aller Art in Wort, in Ton und in Bild **durch Telekommunikation**. Der Begriff schließt Darbietungen ein, die verschlüsselt verbreitet werden oder gegen besonderes Entgelt empfangbar sind. Dieser Staatsvertrag gilt nicht für Mediendienste im Sinne von § 2 des Mediendienste-Staatsvertrags; § 20 Abs. 2 dieses Staatsvertrags bleibt unberührt.

(...)

(3) Nicht dem Rundfunk zuzuordnen sind insbesondere elektronische Informations- und Kommunikationsdienste,

- 1. die keine kontinuierliche Sprach- oder Videodatenübermittlung (Audio- oder Videostreaming) enthalten,**
- 2. die Audiostreaming enthalten, aber regelmäßig eine Bitrate von 10 Kbit/s pro Nutzer nicht überschreiten,**
- 3. die Videostreaming enthalten, aber regelmäßig eine Bitrate von 128 Kbit/s pro Nutzer nicht überschreiten,**
- 4. bei denen Text-, Ton- oder Bilddarbietungen auf einzelne Anforderung aus elektronischen Speichern zur Nutzung übermittelt werden.**

Neben der Klarstellung der Abgrenzung der Mediendienste von den Telediensten muß auch die Abgrenzung zum Rundfunk präzisiert werden.⁵⁸ Dem Anbieter muß aus der Definition ersichtlich sein, wann ein Mediendienst dem Rundfunk zugeordnet werden kann.

a) Darbietung als Rundfunkkriterium

Um die Abgrenzung von Mediendiensten und Rundfunk zu ermöglichen, ist der Rundfunkbegriff auf seinen Inhalt zu untersuchen und zu fragen, inwieweit sich Mediendienste davon unterscheiden. Rundfunk ist die Veranstaltung und Verbreitung von Darbietungen aller Art in Wort, in Ton und in Bild unter Benutzung elektromagnetischer Schwingungen ohne Verbindungsleitung oder längs oder mittels eines Leiters.⁵⁹ Entscheidend für die Abgrenzung von Mediendienst und Rundfunk ist somit der Begriff der

56) Geppert/Roßnagel, Telekommunikations- und Medienrecht, 1998, S. XXIII.

57) So auch Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn (o. Fußn. 3), S. 11.

58) Bermanseder, Wann sind Mediendienste dem Rundfunk zuzuordnen?, ZRP 1997, 330 f.; Jarass, Rundfunkbegriffe im Zeitalter des Internets, AfP 1998, 133, 138 f.

59) § 2 Abs. 1 RStV.

Darbietung.⁶⁰ Eine Darbietung ist ein zum Zwecke der öffentlichen Meinungsbildung publizistisch bearbeitetes Angebot.⁶¹ Im Rundfunk ist diese Darbietung dazu bestimmt, auf eine breite Öffentlichkeit zu wirken. Damit ist abzustellen auf den Zweck der öffentlichen Meinungsbildung beim Rundfunk, im Gegensatz zur Addressierung an eine nur begrenzte Öffentlichkeit. Nicht dem Rundfunk zuzuordnen sind jedenfalls solche Dienste, die nicht die öffentliche Meinungsbildung der breiten Allgemeinheit bezwecken.

Der Begriff der Darbietung selbst ist jedoch zu amorph, um alleine über eine inhaltliche Festlegung eine eindeutige Abgrenzung von Mediendiensten und Rundfunk zu ermöglichen. Aus den Vorgaben des *Bundesverfassungsgerichts* zum Rundfunk ergeben sich aber Anforderungen, die eine Eingrenzung der Mediendienste im Verhältnis zum einfachgesetzlichen Rundfunkbegriff ermöglichen. So zeichnet sich eine Darbietung u.a. durch Aktualität, Breitenwirkung und Suggestivkraft aus. Erst hierdurch entsteht die Eignung zur öffentlichen Meinungsbildung.

Die Suggestivkraft und Breitenwirkung von Rundfunk basiert zum Großteil auf der Verwendung von Bewegtbild Darstellungen und Sprachbeiträgen. Bewegtbild Darstellungen und Sprachbeiträge setzen kontinuierliche Datenübertragungen (Streaming) voraus. Zumindest Anbieter, die kein Streaming verwenden, sind damit keine Rundfunkanbieter.

Über die bloße Verwendung von Bewegtbild Darstellungen und Sprachbeiträgen hinaus setzt die rundfunkspezifische Suggestivwirkung eine technische Mindestqualität der Übertragung voraus. Eine in diesem Sinne rundfunkartige Übertragungsqualität verlangt eine Mindestbitrate pro Nutzer als technische Minimalanforderung. Bilddarstellungen im Briefmarkenformat in ruckelnder Übermittlung und Sprachbeiträge in schlechter Tonqualität mit häufigen Übertragungslücken erzielen diese Wirkung nicht.⁶² Diensteanbieter, deren Bitraten pro Nutzer keine bessere Übertragungsqualität zulassen, können demnach nicht als Rundfunkanbieter eingestuft werden. Diese Einführung eines technischen Begriffs in die Gesetzesdefinition ist auch zukunftsicher.⁶³ Durch die Formulierung in Form einer Negativanforderung ist gewährleistet, daß Anbieter, die diese Voraussetzungen erfüllen, auch bei Erweiterungen und Verbesserungen der insgesamt zur Verfügung stehenden Bandbreite nicht mit einer Einordnung als Rundfunkanbieter rechnen müssen. Im übrigen ist die vorgeschlagene

60) So auch *Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten*. Erstes Strukturpapier über die Zuständigkeit der Landesmedienanstalten im Grenzbereich zwischen Rundfunk und Mediendiensten und die Unterscheidung von Rundfunk und Mediendiensten v. 16.12.1997, abrufbar unter <http://www.alm.de/DLMSP1.html>.

61) *Gersdorf*, Multi-Media: Der Rundfunkbegriff im Umbruch 2 – Insbesondere zur verfassungsrechtlichen Einordnung der Zugriffs- und Abrufdienste, AfP 1995, 565, 569; ähnlich *Degenhart*, Rundfunk und Internet, ZUM 1998, 333, 336.

62) *Hochstein* (o. Fußn. 12), S. 2980.

63) Vgl. zu Vorbehalten gegen technische Vorgaben in Gesetzen: *Engel-Flehsig/Maennel/Tettenborn* (o. Fußn. 3), S. 5.

64) Zu dieser *Herrmann*, Rundfunkrecht, Fernsehen und Hörfunk mit Neuen Medien, § 17 Rdnr. 28.

65) So auch *Ring*, Rundfunk und Internet, ZUM 1998, 358, 361.

66) Ähnlich *Degenhart* (o. Fußn. 61), S. 339; *Ring* (o. Fußn. 65), S. 361.

67) Z.B. Tagesschaubeiträge unter <http://www.tagesschau.de>.

68) So auch *Ring* (o. Fußn. 65), S. 361.

69) *Gersdorf* (o. Fußn. 61), S. 370; ähnlich *Grass* (o. Fußn. 55), S. 136.

Änderung an die regelbeispielähnliche Normierung des § 2 Abs. 2 TDG und des § 2 Abs. 2 MDStV angelehnt. Durch die vorgeschlagene Regelung wird Rechtssicherheit für einen Großteil der bestehenden Online-Angebote geschaffen. Neu hinzukommenden Anbietern wird es ermöglicht, durch technische Vorkehrungen eine Zuordnung zum Rundfunk auszuschließen.

b) Rundfunktypische Übermittlungsart

Daneben muß für eine mögliche Einordnung als Rundfunk eine rundfunktypische Übermittlungsart,⁶⁴ also ein Verteildienst, vorliegen.⁶⁵ Inhalte, die vollständig auf Abruf des Nutzers zu einem von ihm selbst gewählten Zeitpunkt übermittelt werden, können nicht als Rundfunk eingeordnet werden. Der Breitenwirkung und Suggestivkraft des Rundfunks liegt die Einbindung des Einzelbeitrags in ein Gesamtprogramm⁶⁶ zugrunde. Dies setzt die kontinuierliche Übermittlung eines Programms voraus, in das sich der Nutzer einschaltet. Die Regelbeispiele des § 2 Abs. 2 MDStV ordnen sowohl verschiedene Verteildienste (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 MDStV) als auch einige Abrufdienste⁶⁷ (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 MDStV) als Mediendienste ein. Nur bei Verteildiensten ist ein solches „Einschalten“ möglich. Bei Abrufdiensten wird der einzelne abgerufene Beitrag immer aus dem Programmkontext gerissen und an einen einzelnen Empfänger übertragen. Abrufdienste sind daher nie in rundfunktypischer Weise breitenwirksam.⁶⁸ Selbst wenn man die Relevanz der Verbreitungsart für die Definition des verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriffs nicht anerkennt,⁶⁹ wird man diesem Kriterium die Eignung zur Präzisierung des einfachgesetzlichen Rundfunkbegriffs nicht absprechen können.

3. Präzisierung der rundfunkrechtlichen Rückholklausel

Regulierungsoption

Novellierungsvorschlag zu § 20 Abs. 2 RStV (fettgedruckte Teile zeigen die im folgenden vorgeschlagenen Änderungen des geltenden Rechts an).

§ 20 RStV Zulassung

(...)

(2) Wenn und soweit Mediendienste dem Rundfunk zuzuordnen sind, bedürfen Anbieter solcher Dienste einer Zulassung nach Landesrecht. Stellt die zuständige Landesmedienanstalt im Einvernehmen mit allen Landesmedienanstalten fest, daß diese Voraussetzung vorliegt, muß der Anbieter nach seiner Wahl innerhalb von 6 Monaten nachdem die Feststellung ihm bekanntgegeben ist, einen Zulassungsantrag stellen oder den Mediendienst so anbieten, daß er nicht dem Rundfunk zuzuordnen ist. Anbieter von Mediendiensten sind berechtigt, bei der zuständigen Landesmedienanstalt einen Antrag auf rundfunkrechtliche Unbedenklichkeit zu stellen. **Soweit möglich, ist dem Antrag auf Erteilung der Unbedenklichkeitserklärung eine Zugangsberechtigung zu Prüfungszwecken für die zuständige Landesmedienanstalt beizulegen. Hat die Landesmedienanstalt den Antrag innerhalb von zwei Wochen nicht beschieden, gilt die Unbedenklichkeitserklärung als erteilt. Die Unbedenklichkeitserklärung ergeht als Verwaltungsakt.**

Zu beträchtlicher Rechtsunsicherheit führt die Tatsache, daß Mediendienste als Rundfunk eingestuft werden können (sog. Rückholklausel des § 20 Abs. 2 RStV). Mediendienste selbst sind zulassungsfrei. Somit erhält ein Anbieter von Mediendiensten auch keine Genehmigung, die seine gesetzlich festgeschriebenen Rechte und Pflichten konkretisiert. Die zuständige Landesmedienanstalt kann daher jederzeit im Einvernehmen mit allen Landesmedienanstalten feststellen, daß es sich bei einem Mediendienst um Rundfunk handelt. Damit wird der Anbieter vor die Wahl gestellt, seinen Mediendienst so anzubieten, daß er nicht als Rundfunk einzuordnen ist, oder er wird der Lizenzpflicht nach § 20 Abs. 1 RStV unterworfen.

a) Deklaratorische Wirkung der Rückholklausel

Diese Rückholklausel ist im wesentlichen deklaratorischer Natur, da fraglos auf Rundfunkdienstleistungen der RStV Anwendung findet. Die Rückholklausel ist aber insoweit konstitutiv, als sie festlegt, daß die zuständige Landesmedienanstalt nur im Einvernehmen mit allen Landesmedienanstalten die Feststellung der Lizenzpflicht als Rundfunk vornehmen kann. Hierdurch schränkt die Rückholklausel die Anwendbarkeit des RStV auf Mediendienste ein. Aufgrund des weitgehend deklaratorischen Charakters der Rückholklausel würde – abgesehen von der Frage ihrer politischen Durchsetzbarkeit – die Streichung der Rückholklausel noch keine Rechtssicherheit für die Anbieter von Mediendiensten erzielen. Für die Anbieter von Mediendienstleistungen wird nur über die Präzisierung der Rückholklausel Rechtssicherheit geschaffen.

b) Funktion der Unbedenklichkeitserklärung

Der Anbieter kann nach § 20 Abs. 2 S. 3 RStV bei der zuständigen Landesmedienanstalt einen Antrag auf rundfunkrechtliche Unbedenklichkeit stellen.

Problem: Die rundfunkrechtliche Unbedenklichkeitserklärung ist staatsvertraglich nicht näher ausgestaltet.

Lösung: Ein bundesweit einheitliches Verfahren muß staatsvertraglich festgelegt werden.

Die Rechtsnatur dieser Unbedenklichkeitserklärung, die jetzt de facto streitentscheidend sein kann,⁷¹ ist eindeutig festzulegen. Eine Unbedenklichkeitserklärung mit Verwaltungsaktqualität unterstellt ihren Inhaber dem Schutz des allgemeinen Verwaltungsrechts (insbesondere §§ 48, 49 VwVfG).

c) Verfahren

Das Verfahren für die Erteilung einer derartigen Unbedenklichkeitserklärung ist festzuschreiben. Soweit der Dienst bereits angeboten werden kann, muß es für die Antragstellung ausreichend sein, der Landesmedienanstalt eine – gegebenenfalls ausschließliche – Zugangsberechtigung einzuräumen. Im Anschluß muß die Landesmedienanstalt innerhalb einer angemessenen Frist den Antrag bescheiden. Auf Grund der im Online-Markt drängenden Verhältnisse – ein Internet-Jahr entspricht in etwa drei Monaten⁷² – muß hierfür eine Frist von zwei Wochen ausreichen. Liegt dem Anbieter innerhalb von zwei Wochen keine Entscheidung vor, kann er davon ausgehen, daß sein Angebot einen Me-

diendienst darstellt und nicht dem Rundfunk zugeordnet wird. Der Weg einer „präventiven“ Versagung der Unbedenklichkeitserklärung, etwa um weitere Zeit zur Prüfung zu erhalten, steht der zuständigen Behörde nicht offen. Ein solches Vorgehen ist nicht vorgesehen, käme also einer Einordnung des Dienstes als Rundfunk gleich, gegen die durch den Anbieter verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz in Anspruch genommen werden könnte.

IV. Regulierungsoptionen für eine einheitliche Aufsicht über Teledienste, Mediendienste, Telekommunikation und Rundfunk

1. Schaffung einer zentralen Länderanstalt

Regulierungsoption

Schaffung einer zentralen Länderanstalt als Träger einer Länderbehörde („Länderbüro Neue Medien“), in welche die Länder ihre Zuständigkeiten bezüglich der Neuen Dienste einbringen.

Der Rechtsrahmen der Neuen Medien ist auf eine Vielzahl von Gesetzen verteilt. Damit einher geht die Zersplitterung der Behördenzuständigkeiten. Die entsprechenden Verwaltungskompetenzen werden von einer Vielzahl an Behörden wahrgenommen, jeweils vervielfacht um die Anzahl der Länder. So sind für Teledienste zuständig die *Bundesdatenschutzbeauftragte*, die *Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften* und die allgemeinen Aufsichtsbehörden für das Ordnungswidrigkeiten- und Strafrecht. Für Mediendienste sind zuständig die Landesbehörde für den gesetzlichen Jugendschutz, die Kontrollbehörden des Bundes und der Länder für den Datenschutz und eine nach Landesrecht bestimmte Aufsichtsbehörde. In den einzelnen Ländern sind schließlich noch unterschiedliche Regelungen vorgesehen.⁷³

Problem: Zersplitterung des Rechtsrahmens und der Aufsichtsbehörden.

Lösung: Konzentration der Verwaltungsverfahren und Vereinheitlichung der Rechtsanwendung durch institutionelle Zusammenfassung der Aufsichtsbehörden der Länder.

2. Organisationsform

Die Möglichkeiten einer institutionellen Zusammenfassung der Aufsichtsbehörden auf einfachgesetzlicher Grundlage werden begrenzt durch den Grundsatz des Verbots der Mischverwaltung zwischen Bund und Ländern⁷⁴ und die verfassungsimmanenten Schranken bei der

70) Anders wohl A. Hesse. Zur aktuellen Entwicklung des Rundfunkrechts, BayVBl. 1997, 132, 136, der die Ansicht vertritt, die Landesmedienanstalten würden das Prozessrisiko scheuen.

71) Vgl. *Mayer/Motz*, ZUM 1998, 133.

72) *Hoeren*, Neuerscheinungen, MMR 3/1998, S. XIV.

73) Gegen einen „Regulierungswahn“ auch *Lehr*, F.A.Z. v. 8.9.1998, Beilage „Kommunikation und Medien“, B 4.

74) BVerfGE 63, 1, 38; BVerwGE 22, 299, 305 ff.; BVerwGE 23, 194, 197 f.

Schaffung einer „dritten Ebene“ durch die Länder.⁷⁵ Unschädlich ist es aber, wenn die Länder selbst durch Staatsvertrag eine einheitliche Aufsichtsbehörde schaffen.⁷⁶ Solange dieser Länderbehörde keine Verwaltungskompetenzen des Bundes zugewiesen werden, steht einer solchen Konstruktion auch keinesfalls das Verbot einer Mischverwaltung entgegen. Für das Gebiet des Jugendschutzes haben die Länder bereits eine solche einheitliche Stelle geschaffen. Aufgrund einer Verständigung der Jugendminister der Bundesländer im Sommer 1997 wurde „jugendschutz.net“ in Wiesbaden als zentrale Länderstelle für Jugendschutz in den Online-Medien eingerichtet.⁷⁷ Diese arbeitet mit den Bundesländern zusammen, insbesondere mit den Ständigen Vertretern der Obersten Landesjugendbehörden bei der *Freiwilligen Selbstkontrolle (FSK) für Film, Fernsehen und Video*. Damit soll das Jugendschutz-Know-how, das im Umgang mit den herkömmlichen audiovisuellen Medien erworben wurde, für die Online-Medien nutzbar gemacht werden. Dieses Kooperationsmodell kann als Vorbild für die behördliche Institutionalisierung der Verwaltungskompetenzen der Länder auf dem Gebiet der Neuen Medien dienen. Die Länder sollten also noch einen Schritt weiter gehen und in einer solchen Behörde die Länderkompetenzen für den sektorspezifischen Datenschutz, den Jugendschutz und die ordnungsbehördliche Aufsicht vereinigen. So kann der Sachverstand für die Neuen Dienste bestmöglich gebündelt werden. Gegenüber einer Koordinationslösung, die über informell arbeitende Gremien realisiert werden könnte, bietet die hier vorgeschlagene zentrale Länderanstalt den Vorteil einer rechtsverbindlichen Kooperation in institutionell verfestigter Form. Für Nutzer und Anbieter von Neuen Diensten wird das staatliche Entscheidungsverhalten in einem höheren Grad vorhersehbar.

In Anlehnung an die Rechtsform der *Zentralstelle für die Vergabe von Studienplätzen (ZVS)*⁷⁸ sollte eine Ländergemeinschaftsanstalt durch Länderstaatsvertrag geschaffen werden, die als Träger der Gemeinschaftsbehörde, des Länderbüros „Neue Medien“, fungiert. Eine solche Länderanstalt könnte – ebenfalls entsprechend der ZVS – zur Vereinfachung der organisationsrechtlichen Konstruktion als Anstalt eines Bundeslandes behandelt werden. Damit wäre auch die Frage des anzuwendenden Verfahrensrechts, nämlich des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Sitzlandes, geklärt. Die Anstalt könnte nach dem Vorbild der ZVS⁷⁹ der ministeriellen Aufsicht des Sitzlandes unterstellt werden. Die Beteiligungsrechte der übrigen Länder im Aufsichtsverfahren könnten durch Einvernehmenserfordernisse gesichert werden.

75) Pietzcker, in: Starck (Hrsg.), *Zusammenarbeit der Gliedstaaten im Bundesstaat*, 1988, S. 63.

76) Frühere Vorbehalte gegen staatsvertragliche Bindungen der Länder untereinander und die Schaffung gemeinsamer Institutionen sind inzwischen überwunden, vgl. Pietzcker, in: Starck (o. Fußn. 75), S. 46 ff.

77) <http://www.jugendschutz.net>.

78) Vgl. Staatsvertrag über die Vergabe von Studienplätzen v. 4.4.1973, Hessisches GVBl. I 1973, S. 135.

79) Art. 3 des Staatsvertrags über die Vergabe von Studienplätzen o. Fußn. 78).

80) Siehe auch Teil I.2.a. Abgrenzung von Telediensten und Telekommunikation.

81) Bei Aufteilung der Aufsicht über Tele- und Mediendienste auf verschiedene Behörden innerhalb jedes Bundeslandes.

3. Institutionelle Ausgestaltung

a) Kompetenzfragen

Da die Länder im Regelfall sowohl die Bundesgesetze als auch die Landesgesetze ausführen (Art. 30, 83 GG), könnte diese Behörde sowohl das TDG als auch den MDStV anwenden. Durch Einrichtung einer solchen Behörde dürfen allerdings bestehende Kompetenzen nicht verdoppelt werden. Kompetenzen für die Telediensten wie Mediendiensten zugrundeliegende Telekommunikation blieben nach diesem Entwurf bei der *Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post*,⁸⁰ zumal die sektorspezifische Regulierung des TKG angesichts des zunehmenden Wettbewerbs im TK-Markt nur vorübergehenden Charakter hat. Die Kompetenzen bezüglich der Medien- und Teledienste müssen den bisher zuständigen einzelnen Landesbehörden entzogen werden. Insoweit wären die landesrechtlichen Vorschriften zu ändern. Die Kompetenzen für den Rundfunk selbst blieben bei den Landesmedienanstalten. Die neu zu schaffende Länderbehörde sollte eng mit den Landesmedienanstalten und der *Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post* zusammenarbeiten. Bei einer entsprechenden Einigung der Länder könnte das Verwaltungsverfahren zur Einordnung eines Mediendienstes als Rundfunk nach § 20 RStV ebenfalls dem Länderbüro „Neue Medien“ zugewiesen werden. In dem Länderbüro „Neue Medien“ könnten die ordnungsrechtlichen Kompetenzen für die Neuen Dienste gebündelt werden. Das Länderbüro könnte auch bei Fragen der Abgrenzung von Telediensten zu Mediendiensten und deren Verhältnis zum Rundfunkrechtsregime beraten. Hierfür sollte ein ständiger Informationsaustausch mit den Landesmedienanstalten stattfinden. Damit wäre für den Anbieter von Tele- und Mediendiensten nur eine Ordnungsbehörde für medienspezifische Fragen zuständig. Er müsste somit nicht damit rechnen, wegen seiner Teledienste oder Mediendienste von potentiell zweiunddreißig⁸¹ Aufsichtsbehörden in Anspruch genommen zu werden. So wird dem grenzübergreifenden Charakter elektronischer Kommunikation entsprochen. Unsicherheiten über unterschiedliche Rechtsanwendungen in verschiedenen Bundesländern würden ausgeräumt. Die Aufsichtskompetenzen des Bundes über die Telekommunikation (Art. 87 f Abs. 2 S. 2 GG) blieben unberührt.

Anbieter könnten sich daher bei dieser Behörde im Wege der Vorstellung ihrer vorgesehenen Dienste umfassende Begutachtungen ihrer Dienste einholen (Unbedenklichkeitserklärungen für den Jugendschutz, Einrichtungshinweise für den Datenschutz, etc.). Dem Anbieter wäre dabei zu verdeutlichen, wo seine Dienste rechtliche oder technische Mängel aufweisen und wie er diese beheben könnte. Ein solcher Schwerpunkt im Bereich des informellen Verwaltungshandelns entspräche nicht nur der Genehmigungsfreiheit der Neuen Dienste, sondern auch den Bemühungen um eine Selbstregulierung im Internet. Auch Nutzer Neuer Dienste könnten sich bei der Behörde beraten lassen oder Hinweise auf zweifelhafte Angebote aus dem Internet abgeben.

b) Skizze eines Verwaltungsaufbaus

Der Verwaltungsaufbau des zentralen Länderbüros könnte auf wenige Hierarchieebenen ohne Verwaltungsunterbau in den Ländern beschränkt werden. Dem Fehlen ausgeprägter Genehmigungsverfahren und der Unmöglichkeit

(und Unerwünschtheit) einer lückenlosen Aufsicht über alle Anbieter von Tele- und Mediendiensten entspräche ein schlanker Verwaltungsaufbau. Die Bezüge zu regionalen Besonderheiten sind bei der Regulierung der Neuen Dienste denkbar gering. Der sonst nicht zu gering zu veranschlagende Gesichtspunkt der Bürgernähe, der zu dezentralisierten Verwaltungseinheiten führt, greift nicht durch.

Unter dem Behördenleiter fänden sich die Einzelabteilungen für die in der Behörde gebündelten Kompetenzen. Neben einer Abteilung für Jugendschutz, einer Abteilung für Datenschutz, je einer Kooperationsabteilung für die Zusammenarbeit mit der *Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post* sowie den Landesmedienanstalten wäre eine Abteilung für diejenigen Regelungen des MDSStV einzurichten, die Rundfunk- und presserechtliche Bezüge aufweisen. Bei diesen für den Anbieter essentiellen Abgrenzungsfragen sollte Expertenwissen konzentriert werden. Der Konvergenz der Neuen Medien entspräche die Abteilungsaufteilung nach sachspezifischen Gesichtspunkten und nicht aufgrund der unterschiedlichen gesetzlichen Regelungen. Parallel zu den Einzelabteilungen wäre eine Querschnittsabteilung einzurichten. Hier sind Ansprechpartner für Anbieter und Nutzer von Diensten vorzusehen. Jeder Vorgang würde von einem Sachbearbeiter aus der Querschnittsabteilung vollverantwortlich übernommen und intern den zuständigen Abteilungen zugeleitet. Die Mitarbeiter der Behörde könnten – dem Medium entsprechend – über eine einheitliche E-Mail-Anschrift erreichbar sein. Nachteile, die sich für die Diensteanbieter aufgrund der Zentralisierung der Verwaltung ergäben, würden so dem Sachgebiet entsprechend durch einfache Erreichbarkeit innerhalb des Mediums kompensiert. Die Querschnittsabteilung wäre somit die Konsequenz der Prämissen, die zur Schaffung der einheitlichen Behörde führten.

Die für Diensteanbieter entscheidende Einordnung eines Dienstes als Rundfunk oder als Mediendienst (§ 20 RStV) könnte verbindlich durch das Länderbüro „Neue Medien“ getroffen werden. Um die Interessen der einzelnen Länder im Rundfunkbereich zu wahren, wären diese Entscheidungen von einer unabhängigen Beschlusskammer nach dem Vorbild des Telekommunikationsgesetzes (§§ 73 ff. TKG) zu treffen. Die Beschlusskammern sind justizähnlich mit jeweils einem Vorsitzenden und zwei Beisitzern besetzt; sie entscheiden nach öffentlicher mündlicher Verhandlung (vgl. § 75 TKG). Eine entsprechende Regelung zur Besetzung der Kammern wäre im Länderstaatsvertrag festzuschreiben.

Das Verwaltungsverfahren des Länderbüros „Neue Medien“ wäre entsprechend transparent zu gestalten: Die hinter der Querschnittsabteilung liegenden administrativen Detailabläufe des Verwaltungsverfahrens würden Anbieter und Nutzer Neuer Dienste nicht belasten. Für größere Anbieter und Vorhaben könnte diese Aufgabe durch den Behördenleiter als einheitlichem Ansprechpartner für die Neuen Dienste wahrgenommen werden.

Für die Diensteanbieter wäre das Verwaltungsverfahren damit auf ein Verfahren und (soweit erforderlich) einen Bescheid konzentriert.⁸²

Die Behörde bräuchte keine Außenstellen in den einzelnen Ländern. Freilich blieben die Aufgaben der lokalen

Gewerbeaufsicht nach der Gewerbeordnung unberührt. Als Fachbehörde könnte das Länderbüro „Neue Medien“ nahtlos in schon bestehende Verwaltungsstrukturen integriert werden. Dies ginge über die Beratung anderer Behörden in fachlichen Angelegenheiten im Wege der Amtshilfe hinaus. Durch die gesetzliche Festschreibung von Zustimmungs- oder Einvernehmensefordernissen könnte die Beteiligung des Länderbüros „Neue Medien“ sichergestellt werden, wenn sich dies als erforderlich erwiese.

Das Länderbüro „Neue Medien“ würde regelmäßig Informationen mit den auf den Gebieten der herkömmlichen Medien (Presse, Rundfunk, Film) tätigen Stellen austauschen. Hier sind vor allem die *Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften* und die *Freiwillige Selbstkontrolle für Rundfunk und Film* sowie die Landesmedienanstalten zu nennen. So könnte ein einheitliches staatliches Vorgehen bei Indizierungen und Jugendschutz sichergestellt werden. Darüber hinaus müßte eine Stelle für den Informationsaustausch mit der *Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post* vorgesehen werden.

c) Rechtsschutz

Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte der Behörde wäre nach dem Widerspruchsverfahren – das von der zentralen Länderbehörde selbst durchgeführt würde – im Wege des Verwaltungsrechtsweges zu gewähren. Dabei gäbe es für die Zuständigkeit des Gerichtes grundsätzlich zwei Möglichkeiten. Einerseits könnte nach der allgemeinen Regel des § 52 Nr. 3 S. 3 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) nach dem Wohnsitzprinzip die Zuständigkeit der Gerichte dezentral geregelt werden. Vorzugswürdig wäre aber, den Bundesgesetzgeber zu einer Änderung der VwGO zu veranlassen, die nach der dortigen Regelung für die *Zentralstelle für die Vergabe von Studienplätzen (ZVS)* ein einheitliches Gericht am Sitz der zentralen Länderbehörde anordnet.⁸³ Damit könnte verfahrenstypischer Sachverstand bei dem zuständigen Gericht gebündelt werden. Dies erleichterte schnelle und sachgerechte Entscheidungen. Zu denken wäre z.B. an eine Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts Köln. Hier könnte auf die sich herausbildende Spezialisierung im Telekommunikationsrecht aufgebaut werden. Berufungs- und Revisionsinstanz bestimmten sich nach den allgemeinen Regeln und wären in diesem Fall also das *Oberverwaltungsgericht Münster* und das *Bundesverwaltungsgericht*, wenn die Revisibilität der Vorschriften des einschlägigen Staatsvertrags in diesem selbst festgelegt würde (vgl. Art. 99 GG).⁸⁴ Die so bewirkte Konzentration der Rechtsprechung im Bereich der Neuen Medien erscheint schon vor dem Hintergrund des durch die Liberalisierung im Telekommunikationsbereich komplexen Rechts ratsam. Antizipiert man die Konvergenz zwischen Telekommunikation, Rundfunk, Computertechnik und Neuen Diensten, so wird offensichtlich, daß die zukünftigen Herausforderungen an die Rechtsprechung nur durch spezialisierte Kammern und Senate bewältigt werden können. Das vorgesehene Modell würde die Herausbildung der notwendigen Sachkunde in der Justiz und die Einheitlichkeit der Rechtsprechung gewährleisten.

Bei schadensträchtigem Fehlverhalten der zentralen Länderbehörde sollte eine gesamtschuldnerische Haftung der

82) Pietzcker, in: Starck (o. Fußn. 75), S. 56, betont gerade die Konzentration von Verwaltungsverfahren als ein Hauptanliegen der Kooperation im Bundesstaat.

83) Vgl. die Regelung für die ZVS in § 52 Nr. 3 S. 4 VwGO.

84) Vgl. z.B. auch § 19 MDSStV.

Länder neben ihrer Länderanstalt im Wege der Staatshaftung (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) vorgesehen werden. Eine Verlagerung der Schäden auf ein einzelnes Bundesland durch ein Wohnsitz- oder Schadensortprinzip würde dem länderübergreifenden Charakter der behördlichen Aufgaben ebenso widersprechen wie der arbeitsteiligen Bewältigung durch alle Bundesländer.

d) „Kleine Konvergenz“

Durch die Ausklammerung der Rundfunkkompetenzen zielt das vorgeschlagene Länderbüro „Neue Medien“ auf eine Lösung für die „kleine Konvergenz“.⁸⁵ Sie würde eine einheitliche, abschließende Zuständigkeit für alle Informations- und Kommunikationsdienste herstellen. Durch den Verzicht auf eine Integration der rundfunkrechtlichen Kompetenzen in das Länderbüro „Neue Medien“ dürfte sich die Akzeptanz einer solchen Lösung bei den Ländern erhöhen. Im Hinblick auf die in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG verankerte Staatsferne der Rundfunkverwaltung wäre eine homogene Integration der rundfunkrechtlichen Befugnisse der Landesmedienanstalten in eine zentrale Länderanstalt ohnehin rechtlichen Bedenken ausgesetzt.

V. Schlußbemerkungen

Mit der sowohl vom Bund als auch von den Ländern festgelegten Anmelde- und Zulassungsfreiheit von Tele- und Mediendiensten ist ein Schritt in eine zukunftsichere Re-

gulierung des Marktes der Neuen Medien getan. Ohne Genehmigungsverfahren gewinnt die Einordnung der Dienste über die gesetzlichen Definitionen an Bedeutung. Daher müssen die Gesetzesdefinitionen eindeutig sein. Dieser Anforderung genügen die derzeitigen Regelungen nicht. Über eine Neufassung von § 2 TDG, § 2 MDStV und § 2 RStV ist eine klarere Einteilung von Angeboten in Tele-dienste, Mediendienste und Rundfunk möglich. Ein Ausschluß von Sperrverpflichtungen für Access-Provider ermöglicht den Anbietern weitere Planungssicherheit.

Rechtssicherheit schafft vor allem eine genauere Abgrenzung zwischen Mediendiensten und Rundfunk. Bei einer Änderung des RStV wäre dafür zu sorgen, daß diese Abgrenzung zwischen dem Rundfunk und den Mediendiensten Berücksichtigung findet und daß im RStV keine Regelungen für die Mediendienste getroffen werden.

Ein adäquater institutioneller Rahmen für die Informationsgesellschaft im föderalen Deutschland könnte zunächst durch eine zentrale Länderanstalt geschaffen werden. Die Einrichtung eines gemeinsamen Länderbüros „Neue Medien“ würde einen Großteil der staatlichen Aufsicht bündeln. Langfristig wird die Anzahl der Informations- und Kommunikationsdienste durch die Digitalisierung der Übertragungstechnik und den steten Ausbau der Netzinfrastruktur steigen. Verbunden mit der Konvergenz der Netze und Dienste wird diese Entwicklung eine neue Medienordnung in Deutschland notwendig machen. Von Bedeutung ist hierbei nicht nur der materiell-rechtliche Rahmen, sondern auch die Ausgestaltung der Aufsichtsbehörden. Die Gesetzgeber im Bund und in den Ländern wären gut beraten, eine Aufsichtsinfrastruktur zu schaffen, die nicht nur einen effizienten Normvollzug gewährleistet. Ähnlich der US-amerikanischen FCC oder dem britischen OFTEL⁸⁶ sollte gleichzeitig versucht werden, Expertenwissen zu bündeln, um die Diskussion zwischen den betroffenen Interessengruppen anzuregen und zu koordinieren. Nur so könnte gewährleistet werden, daß deutsche Positionen überzeugend formuliert und auf supranationaler Ebene wirkungsvoll vertreten werden.

85) Koenig/Röder, Plädoyer zur Überwindung der zersplitterten Aufsicht über neue Informations- und Kommunikationsmedien, K&R 1998, 417, 420.

86) <http://www.fcc.gov> und <http://www.oftel.gov.uk>; zur Aufsichtsstruktur in Großbritannien vgl. *Bratby/Strivens*, in: Scherer, Telecommunication Laws in Europe, 4. Aufl., 1998, Kap. 16, Rdnr. 16.14 und zu einer Reform der Aufsichtsorganisation *Department of Trade and Industry* (Hrsg.), *Regulating communications*, 1998, S. 36 ff. (abrufbar unter: <http://www.dti.gov.uk/converg>). Der Anteil sektorspezifischer TK-Regulierung innerhalb einer solchen Aufsichtsstruktur sollte allerdings abhängig von der Entwicklung funktionierenden Wettbewerbs im TK-Markt getrennt betrachtet werden.