

Stellungnahme
zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Vereinheitlichung
von Vorschriften über bestimmte elektronische Informations- und
Kommunikationsdienste
(Elektronischer-Geschäftsverkehr-Vereinheitlichungsgesetz – EIGVG)

Der Deutsche Kabelverband vertritt die Interessen der Fernsehkabelnetzbetreiber, die aus dem Verkauf der Kabelnetze der Deutschen Telekom hervorgegangen sind und die heute über ihre Kabelnetze über 17 Millionen Haushalte mit Rundfunkangeboten und in zunehmenden Masse auch mit Internet- und Telefonangeboten versorgen. Dabei nutzen diese Netzbetreiber mit den Breitbandkabelnetzen eine vom Telefonnetz der Deutschen Telekom AG unabhängige Infrastruktur, in deren Ausbau sowie in den Betrieb der Dienste jedes Jahr erhebliche Summen investiert werden. Neben digitalem Fernsehen bieten die Mitglieder des Deutschen Kabelverbands auch Pay-TV und Pay-per-View-Produkte an.

Der Deutsche Kabelverband e.V. bedankt sich für die Gelegenheit zur Abgabe einer Stellungnahme im Rahmen der Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie des Deutschen Bundestages. Grundsätzlich begrüßt der Deutsche Kabelverband die von Bund und Ländern in Angriff genommene Reform der nationalen Medienordnung und die geplante Verschlinkung der Regulierungsdichte. Die Umsetzung erfolgt durch den vorliegenden Entwurf des neuen Telemediengesetz (TMG-E), welches als Artikel 1 des Gesetzes zur Vereinheitlichung von Vorschriften über bestimmte elektronische Informations- und Kommunikationsdienste (Elektronischer-Geschäftsverkehr-Vereinheitlichungsgesetz – EIGVG) vorgesehen ist und den Entwurf des neunten Rundfunkänderungsstaatsvertrages der Länder (9. RÄndStV).

Die durch das TMG-E bezweckte zusammengeführte Regulierung von (ehemals) Mediendiensten und Telediensten unter dem Oberbegriff der Telemedien folgt der Terminologie des Jugendmedienschutz-Staatsvertrags und dient daher der Rechtsklarheit. Materiell zu begrüßen ist auch die Abschaffung der ohnehin wenig trennscharfen Unterscheidung zwischen Mediendiensten und Telediensten. Dennoch sind aus Sicht des Kabelverbandes in folgenden Bereichen noch Anpassungen des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung notwendig:

- **Abgrenzung Rundfunk — Telemedien**
 - **rundfunkrechtliche Unbedenklichkeitsprüfung (vgl. § 20 II Satz 3 9. RÄndStV-E)**
 - **Video auf Abruf**
- **§ 6 Absatz 1 TMG-E (Informationspflichten bei kommerzieller Kommunikation)**
- **Datenschutz**
 - **§ 11 Absatz 3 TMG-E (Datenschutz / Anbieter-Nutzer-Verhältnis)**
 - **§ 14 TMG-E (Bestandsdaten)**

Dazu im Einzelnen:

I. Abgrenzung Rundfunk — Telemedien

Die Abgrenzung zwischen Rundfunk und Telemedien wird durch die Abschaffung der Regelbeispiele noch weiter erschwert.

§ 1 TMG-E definiert Telemedien jeweils als solche elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, die nicht

- Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 TKG, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen,
- Telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 TKG oder
- Rundfunk nach § 2 des Rundfunkstaatsvertrages sind.

Bedauerlich ist in der vorgesehenen gesetzlichen Umsetzung, dass ein Telemediendienst anders als bisher allein durch eine negative Abgrenzung zu Telekommunikationsdiensten einerseits und Rundfunk andererseits definiert werden soll. Diese Negativabgrenzung soll nach der Begründung des Gesetzentwurfes die bisher im MDStV und TDG enthaltenen Regelbeispiele ersetzen, da diese durch die Einführung des einheitlichen Begriffs der Telemedien für die Abgrenzung von Telediensten einerseits und Mediendiensten andererseits als überholt angesehen werden.

Eine solche Betrachtung greift jedoch zu kurz, da die Regelbeispiele bisher auch für die kontrovers diskutierte Abgrenzung von Rundfunk und Mediendiensten herangezogen und als Orientierungsrahmen genutzt werden konnten. Mit der gänzlichen Abschaffung der Regelbeispiele erhöht sich die Rechts- und Planungsunsicherheit für potentielle Anbieter von Telemedien bei der Frage, welchem Regelungsregime sie mit ihrem Angebot unterliegen (werden).

Die Negativabgrenzung ist – entgegen der in der Gesetzesbegründung geäußerten Auffassung (vgl. S. 17) – auch keineswegs zwingend. Der Gesetzgeber selbst sieht letztlich die Notwendigkeit einer positivrechtlichen Beschreibung des Begriffs der „Telemediendienste“ und beschreibt in der Gesetzesbegründung ausführlich, welche Dienste Telemediendienste darstellen sollen (vgl. Seite 18).

Wir haben Zweifel daran, daß die vorgeschlagene Umsetzung in der Form der Benennung von „Regelbeispielen“ in der Gesetzesbegründung noch dem Wesentlichkeitsgrundsatz entspricht. Letztlich wird mit dem eingeschlagenen Weg die Klärung von elementaren Abgrenzungsfragen der Rechtsprechung überantwortet. Somit mag man zwar sicherstellen, daß das Gesetz bei technologischen Fort- und Neuentwicklungen nicht geändert werden muß. Potentiellen Anbietern von Telemedien fehlt damit allerdings während der investitionsintensiven Gestaltungsphase mehr als zuvor die notwendige Planungs- und Rechtssicherheit zur Beurteilung der Frage, welche Art der Zulassung sie erhalten werden und welcher Regulierungsdichte sie damit unterliegen werden. Mangels Abgrenzungskriterien und aufgrund der dadurch bedingten Unsicherheit bzw. Unvorhersehbarkeit werden damit erhöhte Marktzutrittsbarrieren geschaffen.

1. rundfunkrechtliche Unbedenklichkeitsprüfung (vgl. § 20 II Satz 3 9. RÄndStV-E)

In diesem Zusammenhang ist auch der geplante § 20 Abs. 2 9. RÄndStV-E zu beachten, der zeitlich mit dem TMG in Kraft treten soll und die bisherige Regelung an die Begrifflichkeiten der „Telemedien“ anpaßt. Grundsätzlich ist die Möglichkeit zu begrüßen, eine rundfunkrechtliche Unbedenklichkeitsbescheinigung zu beantragen. Aufgrund des Wegfalls der Regelbeispiele besteht für die betroffenen Anbieter allerdings keinerlei Orientierungshilfe hinsichtlich der Einordnung seiner Dienste mehr. Es besteht somit die Gefahr, daß eine Vielzahl von Anbietern von Telemediendiensten sich gezwungen sieht, eine rundfunkrechtliche Unbedenklichkeitsbescheinigung i.S.V. § 20 Absatz 2 Satz 3 RfÄndStV-E zu beantragen, um – zumindest vorübergehend - Rechtssicherheit hinsichtlich der rechtlichen Einstufung des anzubietenden Dienstes zu erlangen.

Denn aufgrund fehlender gesetzlich im Gleichklang zwischen Bund und Ländern normierter Regelbeispiele sieht sich derjenige Anbieter eines Telemediendienstes, der nicht von vornherein eine Unbedenklichkeitsbescheinigung beantragt, dem Risiko ausgesetzt, daß er zu einem späteren Zeitpunkt von der zuständigen Landesmedienanstalt als „rundfunkähnlicher Dienst“ eingestuft wird und insofern eine Zulassung beantragen oder sein Dienstangebot ändern muß. Faktisch wird damit eine Pflicht zur Beantragung einer rundfunkrechtlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung eingeführt, denn nur so kann der Dienstanbieter sicher sein, welche Art von Dienst er überhaupt anbietet und welchen gesetzlichen Verpflichtungen er unterliegt. Diese „Negativzulassung“ kommt einer Zulassungspflicht gleich, die für Telemediendienste gerade nicht vorgesehen ist und – soweit Dienste der Informationsgesellschaft betroffen sind – sogar unzulässig ist. Das Prinzip der Zulassungsfreiheit von Telemediendiensten wird somit zur Ausnahme.

2. Video auf Abruf

Richtigerweise betont die Begründung zum Gesetzentwurf (vgl. S. 13 f.), dass sich die Zuständigkeiten nach dem TMG an den inhaltlichen Zielen der Regulierung, nicht aber an der Verbreitungstechnik oder – art orientieren sollen. Insoweit wäre das auch europarechtlich geforderte Gebot der Technologieneutralität gewahrt.

Vor diesem Hintergrund ist jedoch die Bezugnahme der Gesetzesbegründung auf das Mediakabel-Urteil des EuGH problematisch. Denn durch die ausdrückliche Erwähnung macht sich der Gesetzgeber den Inhalt des Urteils mit Blick auf die Abgrenzungsproblematik zu eigen, was bei einer späteren Auslegung des Gesetzes durch die Gerichte herangezogen werden wird. Dies ist insofern unsachgemäß als das Mediakabel-Urteil den Rundfunkbegriff anhand technischer Übertragungsmerkmale (point-to-multipoint) definiert und Near-Video-On-Demand-Dienste in diesem Zusammenhang als Fernsehdienst klassifiziert. Dieses Verständnis des Rundfunkbegriffs steht aber gerade im Widerspruch zum Grundsatz der Technologieneutralität und zu der bisherigen nationalen Auslegung des Rundfunkbegriffs, die sich insbesondere im Dritten Strukturpapier der DLM zur Unterscheidung von Rundfunk und Mediendiensten niedergeschlagen hat. Würde das genannte Urteil in seiner technologiebezogenen Wertung ohne weiteres übernommen, so hätte dies zur Folge, daß NVoD-Dienste als Rundfunk und VoD-Dienste als Telemediendienst einzuordnen wären. Dies erscheint nicht sachgerecht. Die Einstufung eines NVoD-Dienstes als „Fernsehdienst“ durch den EuGH schließt nicht aus, daß solche Dienste des zeitversetzten Abrufs von Filmen im deutschen Recht - bei funktionaler Betrachtung des Kriteriums „Meinungsbildung“ - als Telemediendienst klassifiziert werden.

Hinzu kommt, daß es aus Nutzersicht völlig irrelevant ist, ob ein bestimmter Film per NVoD oder VoD angeboten wird. Beide Dienstangebote unterscheiden sich lediglich durch die Art der Übertragung voneinander. NVoD werden in parallelen, zum Teil in minütlichen Abständen beginnenden Wiederholungsschleifen gesendet, VoD dagegen von einem Server abgerufen. Der Nutzer kann jedoch in beiden Fällen frei entscheiden, welchen Inhalt er zu einem von ihm ausgewählten Zeitpunkt konsumiert.

Wir plädieren daher dafür, Dienste, bei denen die Verbreitung von Filmen zum Einzelabruf in der Weise erfolgt, daß jeweils nur ein einzelner Film (gegen Entgelt) freigeschaltet wird, als Telemediendienste einzuordnen. Die Bezugnahme auf das Mediakabel-Urteil des EuGH halten wir für unsachgemäß.

II. § 6 Absatz 1 TMG-E (Informationspflichten bei kommerzieller Kommunikation)

Da sich die in § 6 Abs. 1 genannten Verpflichtungen bereits aus dem UWG ergeben, halten wir im Zuge der Gesetzesverschärfung eine Streichung von § 6 für erforderlich, zumindest aber eine Anpassung der Begrifflichkeiten an die des UWG („Werbung“ statt „kommerzieller Kommunikation“).

Dessen ungeachtet ist die Vorschrift ein Beispiel dafür, dass die undifferenzierte Verwendung des Begriffes „Diensteanbieter“ gem. der gesetzlichen Definition in § 2 Nr. 1 TMG-E unterschiedslos Pflichten sowohl für Anbieter eigener als auch für Anbieter fremder Inhalte statuiert. Zumindest wäre daher eine Klarstellung aufzunehmen, dass Diensteanbieter jeweils nur für ihre eigenen, nicht aber für fremde Inhalte eine entsprechende Informationspflicht trifft. Die E-Commerce-Richtlinie enthält in diesem Zusammenhang nur die Pflicht, dass die „kommerziellen Kommunikation“ selbst der Informationspflicht genügen sollen, sie überträgt diese Verpflichtung aber gerade nicht pauschal auf alle Diensteanbieter (vgl. Art. 6 der Richtlinie 2000/31/EG).

III. Datenschutz

Wir begrüßen es ausdrücklich, daß der Datenschutz für die ehemaligen Tele- und Mediendienste nunmehr für den Gesamtbereich der Telemedien durch die dynamische Verweisung des § 47 Absatz 1 in der Fassung des 9. Rundfunkänderungsstaatsvertrages vereinheitlicht werden soll. Gleichzeitig kann dies nur ein erster Schritt sein. Denn aus bundesrechtlicher Sicht unzufriedenstellend und in der Unternehmenspraxis unpraktikabel ist grundsätzlich ein Nebeneinander verschiedener Datenschutzvorschriften, hier insbesondere die gleichzeitige Anwendbarkeit der Datenschutzvorschriften des TKG und des zukünftigen TMG (vgl. hierzu die Ausführungen zu § 11 Absatz 3 TMG-E). Hier sollte mittelfristig überlegt werden, ob die Vorschriften im Sinne der Konvergenz der Medien weiter aneinander angepaßt werden können oder ein einheitlicher Ordnungsrahmen geschaffen werden kann. Die Frage des Neben- und Übereinander von verschiedenen Datenschutzvorschriften stellt sich insbesondere für Anbieter von Triple Play Angeboten, die Fernsehen, Internet, Telefon und zukünftig vielleicht auch Mobilfunk in einem Produkt zusammenführen. Dies führt nach geltender Rechtslagen zur gleichzeitigen Anwendung einer ganzen Reihe von Datenschutzvorschriften, die sich z.B. im Bereich der Speichervorschriften für die Erstellung von Einzelbindungsnachweisen erheblich unterscheiden. Dies und die teilweise gesondert

erforderlichen Einwilligungserfordernisse führen in der Praxis der vertraglichen Gestaltung dazu, daß der eigentliche Vertrag über das Produkt kürzer ist als die datenschutzrechtlichen Belehrungen und Einwilligungsklauseln. Dies führt weder für die Person, deren Daten verwandt werden sollen, noch für den Produkthanbieter zur Klarheit.

1. § 11 Absatz 3 TMG-E (Datenschutz / Anbieter-Nutzer-Verhältnis)

§ 11 Abs. 3 TMG-E spricht von Telemedien, die *überwiegend* in der Übertragung von Signalen in Telekommunikationsnetzen bestehen; eine gleichlautende Bestimmung findet sich in § 3 Nr. 24 TKG („[...]„Telekommunikationsdienste, in der Regel gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, [...]“).

Es ist nicht einsichtig, warum insoweit eine Doppelregulierung angeordnet wird, da § 1 TMG-E doch gerade u.a. eine Abgrenzung zwischen Telemedien und Telekommunikationsdiensten bezweckt. Problematisch ist diese Formulierung auch, weil der Begriff der Telemedien im Kern inhaltsbezogen definiert ist und damit in Abgrenzung zum reinen Telekommunikationsdienst (Transportleistung) nicht „in der Übertragung von Signalen“ bestehen kann. Insoweit wäre hier allenfalls „mittels der Übertragung von Signalen“ zu formulieren. Grundsätzlich ist aber die Verwendung des Begriffs „überwiegend“ problematisch, da dieser Begriff – sowohl für die Diensteanbieter als auch für die Rechtsprechung - schwer zu bestimmen bzw. kaum zu operationalisieren ist.

2. § 14 TMG-E (Bestandsdaten)

a) § 14 Absatz 1

Unseres Erachtens müßte § 14 Absatz 1 wie folgt lauten:

(1) Der Diensteanbieter darf personenbezogene Daten eines Nutzers ~~nur~~ erheben und verwenden, soweit sie für die Begründung, inhaltliche Ausgestaltung oder Änderung eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Diensteanbieter und dem Nutzer über die Nutzung von Telemedien erforderlich sind (Bestandsdaten).

Auch bisher schon, war die Erhebung und Verwendung von Bestandsdaten mit Einwilligung des Nutzers möglich, vgl. § 5 Satz 1 TDDSG und § 19 Absatz 1 Satz 1 MDStV. Es ist nicht ersichtlich, warum dies für Telemedien anders sein sollte. Das in § 14 Absatz 1 TMG-E konkludent enthaltene negative Gebot kann nicht durch Verweis auf die Generalklausel des § 12 Absatz 1 Alternative 2 TMG-E geheilt werden. Dies ergibt sich durch die Einfügung des Wortes „nur“ in den Gesetzentwurf der Bundesregierung, das in § 13 Absatz 1 des Referentenentwurfs noch nicht enthalten war. Daher sollte das Wort „nur“ gestrichen werden, um dem datenschutzrechtlichen Grundsatz des Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt in § 12 Absatz 1 TMG-E zur Geltung zu verhelfen.

Zusätzlich sollte ein Verweis dergestalt aufgenommen werden, daß die Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes im übrigen zur Anwendung kommen.

b) § 14 Absatz 2 (neu):

Wir plädieren darüber hinaus für die Aufnahme einer Regelung in § 14 TMG-E, wonach Bestandsdaten zu Werbe-, Marktforschungs- und Beratungszwecken sowie zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien genutzt werden dürfen. Denn es ist nicht einzusehen, warum Bestandsdaten anders zu behandeln sind als Nutzungsdaten (vgl. § 15 Absatz 3 TMG-E). Werbung würde dabei sowohl Werbung für eigene Produkte und Dienstleistungen des Diensteanbieters sowie für Fremdprodukte einschließen. Nicht erfasst und gemeint wäre selbstverständlich, dass ein drittes Unternehmen zu Werbezwecken Zugriff auf die Bestandsdaten des Diensteanbieters erhalten soll.

Dies läßt sich durch die Einfügung eines § 14 Absatz 2 (neu) in den Entwurf des TMG erreichen:

„Der Diensteanbieter darf Bestandsdaten für Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien verwenden, sofern der Nutzer dem nicht widerspricht. Dies gilt auch für Telemedien im Sinne des § 11 Absatz 3. Der Diensteanbieter hat den Nutzer auf sein Widerspruchsrecht im Rahmen der Unterrichtung nach § 13 Abs. 1 hinzuweisen.“

Der bisherige Absatz 2 wird zu § 14 Absatz 3.

Berlin, den 6. Dezember 2006