

Johannes Tränkle

johannes@traenkle.org – www.traenkle.org

Das TKG und die Medien(dienste)

- Die medienrechtlichen Implikationen des Telekommunikationsgesetzes
- Rechtliche Regelungen der Mediendienste

Stand Januar 2006

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung.....	1
2. Die medienrechtlichen Implikationen des TKG.....	2
2.1. Geschichte des TKG.....	2
2.2. Anwendungsbereich des TKG.....	3
2.3. Auswirkungen für die Untersuchung.....	5
2.4. Regelungen im TKG.....	5
2.4.1. Marktdefinition.....	6
2.4.1.1. Schritt 1.....	6
2.4.1.2. Schritt 2.....	7
2.4.1.3. Märkte.....	7
2.4.2. Der Marktzutritt.....	8
2.4.2.1. Zugangsregulierung, § 16 ff. TKG.....	9
2.4.2.2. Zusammenschaltung als Spezialfall.....	10
2.4.2.3. Gatekeeperproblematik.....	11
2.4.3. Entgeltregulierung.....	12
2.4.3.1. Missbrauch bei der Entgeltfestsetzung.....	12
2.4.3.2. Zugangsleistungen.....	13
2.4.3.3. Endnutzerleistungen.....	14
2.4.4. Missbrauch allgemein.....	14
2.4.5. Rundfunkübertragung.....	14
2.4.5.1. Fernsehgeräte.....	15
2.4.5.2. Digitale Fernsehsignale.....	15
2.4.5.3. Zugangsberechtigungssysteme.....	16
2.4.6. Knappe Ressourcen.....	16
3. Rechtliche Regelungen der Mediendienste.....	18
3.1. Definition Mediendienste.....	18
3.1.1. Abgrenzung gegenüber dem Rundfunk.....	18
3.1.2. Abgrenzung gegenüber dem TDG.....	19
3.1.3. Beispiele.....	19
3.2. Verantwortlichkeit.....	20
3.2.1. Grundsatz, Content-Provider.....	20
3.2.2. Access-Provider.....	21
3.2.3. Host-Provider.....	21
3.2.4. Entfernung und Sperrung.....	22
3.3. Nutzerschutz.....	23
3.3.1. Informationspflichten.....	23
3.3.2. Inhaltliche Vorgaben.....	24
3.3.2.1. Der Inhalt selbst.....	24
3.3.2.2. Gegendarstellung.....	25
3.3.2.3. Werbung.....	25
3.4. Auskunftsrecht.....	26
3.5. Datenschutz.....	26
3.5.1. Grundsatz.....	26
3.5.2. Anonymität.....	26
3.5.3. Verschiedene Datenarten.....	27
3.5.4. Auskunftsrecht.....	27
3.6. Probleme und Ausblick.....	28

I. Herkömmliche Quellen

- Attendorf, Thorsten** Von Gleichheit, Gleichwertigkeit und Chancengleichheit
MMR 05, 353-357
- Engel-Flehsig, Stefan; Maennel, Frithjof A.; Tettenborn, Alexander** Das neue Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz
NJW 1997, 2981-2992
- Fechner, Frank** Medienrecht
4. Auflage, 2003
Mohr Siebeck
- Frevert, Tobias** Regelungen des neuen TKG zur Rundfunkübertragung
MMR 05, 23-28
- Fritsch, Lothar; Roßnagel, Heiko; Schwenke, Matthias; Stadler, Tobias** Die Pflicht zum Angebot anonym nutzbarer Dienste – eine technische und rechtliche Zumutbarkeitsbetrachtung
DuD 05, 592-596
- Gounalakis, Georgis** Der Mediendienste-Staatsvertrag der Länder
NJW 1997, 2993-3000
- Gounalakis, Georgis** Medienkonzentrationskontrolle versus allgemeines Kartellrecht
AfP 05, 394-397
- Gramespacher, Thomas** Dem Betreiber fremde, rechtswidrige Inhalte in Internet-Communitys und Internet-Foren: Abmahnung, Unterlassung, Beseitigung - TDG und Störerhaftung ?
JurPC Web-Dok. 131/2005, Abs. 1 – 28
<http://jurpc.de/aufsatz/20050131.htm>
- Haug, Volker** Grundwissen Internetrecht
1. Auflage, 2005
Kohlhammer

- Hoeren, Thomas** Internetrecht
Stand August 2005
zitiert: Hoeren, Seite.
- Hoeren, Thomas;
Sieber, Ulrich
(Hrsg.)** Handbuch Multimedia Recht
Loseblatt, Stand April 2005
C.H. Beck
zitiert: Hoeren/Sieber-Autor,
Ordnungsnummer, Rn.
- Klostermeier,
Johannes** Der große Anschluss
Technology Review 06/2005,
<http://www.heise.de/tr/artikel/59845>
- Köhler, Markus;
Arndt, Hans-
Wolfgang** Recht des Internet
3. Auflage, 2001
C.F.Müller
- Kugelman, Dieter** Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes
NJW 05, 3609-3613
- Ladeur, Karl-Heinz** Digitalisierung des Kabelnetzes und
technische Standards – Durchsetzung von
MHP und „Grundverschlüsselung“ für ein
intelligentes Multimedianeetz?
CR 05, 99-106
- Ladeur, Karl-Heinz** Rechtsprobleme der Regulierung der
Entgelte, der Paketbündelung und der
Vertragsgestaltung im digitalen
Kabelfernsehen
ZUM 05, 1-9
- Mayen, Thomas** Marktregulierung nach dem novellierten TKG
– Ausgewählte Fragen der Zugangs- und
Entgeltregulierung
CR 05, 21-30
- Petersen, Jens** Medienrecht
2. Auflage, 2005
C.H.Beck

Literaturverzeichnis

- Robert, Michael** Die besondere Missbrauchsaufsicht nach § 42 TKG
K&R 05, 354-362
- Röger, Ralf** Neue Regulierungsansätze im Telekommunikationsrecht – eine erste Analyse des neuen Telekommunikationsgesetzes 2004
DVBl, 2005, 143-153
- Roßnagel, Alexander (Hrsg.)** Recht der Multimedia-Dienste
Loseblatt, Stand April 2005
C.H. Beck
zitiert: Roßnagel-Autor, Gesetz, Rn.
- Scherer, Joachim** Das neue Telekommunikationsgesetz
NJW 2004, 3001-3010
- Schmitz, Peter;
Dierking, Laura** Inhalte- und Störerverantwortlichkeit bei Telekommunikations- und Telemediendiensten
Anregungen für das geplante neue Telemediengesetz
CR 2005, 420-428
- Schmitz, Peter;
Dierking, Laura** Inhalte- und Störerverantwortlichkeit bei Telekommunikations- und Mediendienste – Anregungen für das geplante neue Telemediengesetz
CR 05, 420-428
- Stober, Rolf** Telekommunikation zwischen öffentlich-rechtlicher Steuerung und privatwirtschaftlicher Verantwortung – Entwicklungsstand und Regulierungsbedarf aus wirtschaftsverwaltungs- und verbraucherschutzrechtlicher Perspektive
DÖV 2004, 221-231
- Wrona, Stephan** Die Entgeltregulierung der Breitbandkabelnetze – Die deutsche Breitbandkabelbranche auf dem Prüfstand der telekommunikationsrechtlichen Entgeltregulierung
CR 05, 789-796

II. Internetquellen

An dieser Stelle sind Internetquellen aufgeführt, soweit sie häufiger zitiert wurden, jeweils mit dem Hinweis, wie auf sie verwiesen wurde. In den Fussnoten findet sich die Kurzbezeichnung in kursiver Schrift. Andere Internetquellen wurden nur durch die Angabe der URL in den Fussnoten ausgewiesen.

- Arbeitsdokument
Anhörung** Arbeitsdokument zur Anhörung der beteiligten Kreise, Stand 19.04.2005,
http://www.iukdg.de/050419_Entwurf_Anhoerung.pdf [20.12.05]
- BITKOM-
Stellungnahme** Eckpunkte für ein Telemediengesetz (TMG),
Stellungnahme BITKOM
http://www.bitkom.org/files/documents/StN_BITKOM_Eckpunkte_TMG_221204.pdf
[20.12.05]
- Nutzerforderungen** Neues Telemediengesetz – Forderungen aus
Sicht der Nutzerinnen und Nutzer
http://www.iid.de/iukdg/medien/05-05-30-Breyer-Nutzer-Telemediengesetz-Forderungen_26-05-2005.pdf
<http://www.telemediengesetz.de.vu/>
[20.12.05]
- Tätigkeitsbericht
2004/2005** Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur
2004/2005
<http://www.bundesnetzagentur.de/medialarchive/4407.pdf> [20.12.05]
- Tätigkeitsbericht
der RegTP 2004** Tätigkeitsbericht der RegTP 2004
<http://www.bundesnetzagentur.de/medialarchive/1432.pdf> [20.12.05]
- Kommissions-
vorschlag
Fernsehen** The Commission Proposal for a
Modernisation of the Television without
Frontiers Directive: Frequently Asked
Questions
<http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/05/475&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> [20.12.05]

**Gemeinsamer
Standpunkt
Bitstromzugang**

Bitstromzugang
Gemeinsamer Standpunkt der ERG vom 2.
April 2004

[http://www.bundesnetzagentur.de/medi
a/archive/436.pdf](http://www.bundesnetzagentur.de/medi
a/archive/436.pdf) [20.12.05]

[http://www.bundesnetzagentur.de/enid/
Regulierung_Telekommunikation/Bitstr
omzugang_9o.html](http://www.bundesnetzagentur.de/enid/
Regulierung_Telekommunikation/Bitstr
omzugang_9o.html) [20.12.05]

1. Einleitung

Im vorliegenden Text sollen die medienrechtlichen Implikationen des Telekommunikationsgesetzes (TKG) und die rechtlichen Regelungen der Mediendienste behandelt werden.

Dabei ist im Bereich der Medien bzw. der Information an sich unter rechtlichen Gesichtspunkten zwischen dem Informationsrecht und dem Informationstransportrecht zu unterscheiden. Während das Informationsrecht z.B. im Mediendienstestaatsvertrag (MDStV) oder im Teledienstegesetz (TDG) geregelt ist, finden sich im TKG Regelungen im Hinblick auf das Informationstransportrecht.

Tabellarisch dargestellt bietet sich damit folgendes Bild¹:

	Presse	Rundfunk	Medien- dienste	Teledienste
Transport	TKG			
Inhalte	Landes- presse- gesetze	Staats- verträge, Landesrund- funkgesetze	MDStV	TDG

Dieser Aufteilung folgend werden in einem ersten Abschnitt² die Auswirkungen des Informationstransportrechts auf die Medien betrachtet, während in einem zweiten Abschnitt³ der Blick auf Mediendienste als Ausschnitt aus dem Informationsrecht gelenkt werden soll.

Dabei ist jedoch schon an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass im Bereich der Inhalte mehr und mehr eine Vermischung festzustellen ist. Eine scharfe Trennung der verschiedenen Medien fällt zunehmend schwer.

1 Angelehnt an Röger, DVBl 2005, 143 [145].

2 S. unten S.2 ff.

3 S. unten S. 18 ff.

2. Die medienrechtlichen Implikationen des TKG

2.1. Geschichte des TKG

Die zunehmende Bedeutung des TKGs für die Medien ist unter anderem auf dessen Geschichte zurückzuführen. In der seit 1996 geltenden Fassung reagierte das TKG primär auf die Liberalisierung auf dem Telefonmarkt.⁴ Obwohl im Prinzip eine Deregulierung das Ziel war, war in einem ersten Schritt eine *Re-Regulierung*⁵ angezeigt. Ohne eine Regulierung wäre die privatisierte Telekom auf dem Markt konkurrenzlos gewesen. Aus dem vormals gesetzlich vorgeschriebenen Monopol wäre wegen der Größe und der bereits vorhandenen – und vom Steuerzahler und Kunden bezahlten – Infrastruktur ein faktisch-wirtschaftliches Monopol geworden⁶. Neu hinzukommenden Konkurrenten sollte jedoch eine faire Chance eröffnet werden. Ihnen sollte sowohl der Marktzutritt als auch die Behauptung am Markt ermöglicht werden.⁷

Nach dieser Phase der Re-Regulierung stellt sich das seit August 2004 geltende TKG liberaler dar.⁸ Während sowohl § 1 TKG 1996 als auch § 1 TKG n.F.⁹ den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation durch Regulierung fördern wollen, stellt § 1 TKG n.F. explizit auf eine *technologieneutrale* Regulierung ab und will außerdem leistungsfähige Telekommunikationsinfrastrukturen fördern. Neben dieser den Zweck des Gesetzes betreffenden Änderung fehlt im neuen TKG außerdem im Grundsatz die Lizenzierungspflicht. Während das TKG 1996 in § 6 Lizenzen für das Betreiben von Übertragungswegen und dem Anbieten von

4 Gleiches gilt für den Bereich der Post durch das Postgesetz.

5 Der Begriff wird von Röger, DVBl. 2005, 143 [145] verwendet.

6 Röger, DVBl. 2005, 143 [145 ff.].

7 Röger, DVBl. 2005, 143 [147].

8 Hintergrund sind sechs europäische Richtlinien, namentlich RL 2002/21/EG, „Rahmenrichtlinie“, RL 2002/20/EG, „Genehmigungsrichtlinie“, RL 2002/19/EG, „Zugangsrichtlinie“, 2002/22/EG, „Universaldienstrichtlinie“, RL 2002/19/EG, „Zugangsrichtlinie“, und RL 2002/58/EG, „Datenschutzrichtlinie“. Vgl. zu allem Scherer, NJW 04, 3001 [3001], Röger, DVBl. 2005, 143 [144.].

9 Vorschriften des TKG ohne nähere Angaben sind solche des aktuell geltenden Rechts.

Sprachtelefondiensten sowie in § 4 allgemein die Anzeige des Betreibens von Telekommunikationsdienstleistungen gefordert wurde, sieht das TKG 2004 in § 6 nur eine Meldepflicht vor. Von einer Genehmigung im Einzelfall hat sich das TKGs nun zu einer „Allgemeingenehmigung“, vergleichbar mit dem Gewerberecht, gewandelt.¹⁰ Ausnahmen von diesem Grundsatz finden sich nur noch im Bereich der knappen Ressourcen, also bei Frequenzen, Nummern und Wegerechten.¹¹ Da unterschiedliche Zielrichtungen verfolgt werden, fällt eine genaue Zuordnung des TKGs zu einer bestimmten Rechtsmaterie schwer.¹²

2.2. Anwendungsbereich des TKG

Während im Bezug auf das TKG 1996 noch von einer Regelung primär der Sprachtelefonie gesprochen werden kann¹³, ist das aktuelle TKG ausdrücklich technologieneutral¹⁴. Dies zeigt sich auch in der Definition des *Telekommunikationsnetzes*, die in § 3 Nr. 27 TKG denkbar weit gefasst ist:¹⁵ Es wird die nichtkörperliche Übertragung von Signalen erfasst, wobei die Art der übertragenen Information unerheblich ist. Damit aber umfasst der Begriff ohne weiteres auch Kabelnetze, Internetnetzwerke sowie den hergebrachten Rundfunk. Ähnliches gilt für die Definition des *Telekommunikationsdienstes*, § 3 Nr. 24 TKG.¹⁶ Das TKG umfasst mithin nicht mehr nur herkömmliche Telefonanbieter wie die Telekom, sondern auch Medienunternehmen. Die Art der

10 vgl. Röger, DVBl. 2005, 143 [147 f.].

11 Teil 5 des TKG, §§ 52-77, vgl. insoweit zu den übertragenen Wegerechten <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/3996.pdf> und <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/3994.pdf>.

12 In den Bereich des öffentlichen Medienrechts fallen die Regulierung und die Meldepflicht. § 1 spricht das Wettbewerbsrecht an. In den §§ 44ff. Wird schließlich der Kundenschutz als zivilrechtliche Sondervorschriften geregelt, vgl. hierzu Petersen § 14 Rn. 1, Stober, DÖV 04, 221 [223 f.].

13 Zwar waren auch im TKG 1996 die Belange des Rundfunks zu beachten, § 2 II Nr. 5 TKG 1996, dies aber primär deshalb, da Frequenzen als knappes Gut sowohl im Bereich der (mobilen) Telefonie als auch des Rundfunks benötigt wurden. Dies ist immer noch ein Ziel, § 2 V 1 TKG, die Übertragung mittels frequenzgestützter Verfahren stellt nunmehr aber nur noch eine Übertragungsmöglichkeit unter Vielen dar.

14 § 1 TKG.

15 Vgl. zur Definition Hoeren/Sieber-Neumann/Moritz, 4 Rn. 21.

16 Vgl. z.B. Hoeren/Sieber-Neumann/Moritz, 4 Rn. 25, Ladeur ZUM 05, 1 [2].

Übertragung ist nebensächlich, entscheidend ist nur noch das *Netz*.¹⁷ So ist z.B. auch die Möglichkeit, über das Stromnetz fernzusehen, zu telefonieren und im Internet zu surfen, mitumfasst.¹⁸

Dieser weite Anwendungsbereich ist u.a. auf die festzustellende Konvergenz der Medien zurückzuführen.¹⁹ So sollte mit den zugrundeliegenden Richtlinien²⁰ auf die „Verschmelzung von Telekommunikation, Medien und Informationstechnologie“ - also die Konvergenz - reagiert werden.²¹ Hintergrund ist der Umstand, dass bedingt durch neue Technologien eine klare Trennung zwischen verschiedenen Bereichen oftmals schwer fällt.²² So bieten bislang als „herkömmliche“ Internetzugangsanbieter aufgetretene Unternehmen verstärkt Telefondienstleistungen über Voice-Over-IP (VoIP)²³ und Infotainment an²⁴. Gleichzeitig sind verstärkt Live-Streams zu beobachten. Soweit vermehrt Video-On-Demand bzw. Video-Near-On-Demand – auch im Internet²⁵ – angeboten wird, stellt sich die Frage, ab wann auch bei diesem Angeboten von Fernsehen²⁶ gesprochen werden kann.²⁷ In diesem Zusammenhang ist auch der Vorstoß der EU-Kommission im Bereich der Fernsehwerbung zu sehen.²⁸ Dabei führt die Konvergenz nicht zwingend zu einer

17 Vgl. insoweit auch die Umbenennung der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post in Bundesnetzagentur, § 116 TKG.

18 Vgl. <http://www.heise.de/tr/artikel/59845>, auch Tätigkeitsbericht der RegTP 2004, S. 31.

19 Vgl. auch Tätigkeitsbericht der RegTP 2004, S. 76 ff., *Stober*, DÖV 04, 221 [229], *Petersen*, § 1 Rn. 21 ff.

20 Vgl. Fn. 8.

21 *Scherer*, NJW 04, 3001 [3001].

22 *Petersen*, § 1 Rn. 21.

23 Vgl. insoweit den *Tätigkeitsbericht der RegTP 2004*, S. 49.

24 Z.B. freenet.de oder 1und1.de.

25 Vgl. Bericht in „Die Rheinpfalz“ vom 28.11.05, demnach T-Online bei der Vergabe von Bundesliga-Rechten mitbieten will, um diese dann im Internet übertragen zu können.

Vgl. auch die NTV-Seite, www.n-tv.de, auf der das Programm Live verfolgt werden kann.

26 Rundfunk wird wie folgt definiert: Es muss sich um eine Übermittlung von Gedankeninhalten durch Wellen handeln, die an eine Vielzahl von Personen gerichtet ist, *Fechner*, Rn. 783. Die technischen Übertragungsmodalitäten sind hierbei unerheblich, *Fechner*, Rn. 791.

S. auch unten S. 18 f.

27 Ähnliches ließe sich im Bereich des Pod-Castings, <http://de.wikipedia.org/wiki/Podcasting>, andenken. Zwar fällt dies technisch nicht unter die Definition des Radios, es wird aber von den Nutzern als vergleichbares Angebot verstanden und genutzt.

28 Hierzu später mehr, S. 28 f.

größeren Anbietervielfalt: im Gegenteil ist eine Konzentration festzustellen, da mit jedem weiteren Empfänger die Stückkosten fallen.²⁹ Eine Regulierung ist also auch weiterhin angezeigt.

2.3. Auswirkungen für die Untersuchung

Die sich aus der Konvergenz ergebenden Probleme sollen an einem Beispiel verdeutlicht werden³⁰: Leitet ein Kabelnetzbetreiber lediglich Inhalte Dritter weiter, unterfällt er dem TKG. Ob er schon alleine durch die Bildung von Paketen von Programmen zum Rundfunkanbieter wird, ist unklar, spätestens wenn er eigene Inhalte (mit)übermittelt, ist dem jedoch so. Dann muss theoretisch das vom Kunden genommene Entgelt aufgeteilt werden: in einen Teil, der den Transport abdeckt³¹, und in einen Teil, der für die Inhalte gezahlt wird. Für die Regulierung des Transportteils wäre die Bundesnetzagentur zuständig, für die des Inhalteteils die Landesmedienanstalten. Inwieweit dies praktikabel ist, mag der Leser selbst entscheiden.³²

Daher kann die Frage nach den Auswirkungen des TKGs für die Medien eng oder weit verstanden werden. Beschränkt man sich auf den reinen Transport, sind die Auswirkungen gering. Weshalb eine Regelung z.B. der Entgelte Auswirkungen auf den Inhalt haben sollte, erschließt sich allenfalls faktisch. Legt man den Schwerpunkt der Betrachtung wegen der Verschmelzung von Inhalten und Transport jedoch auf das Medien- bzw. Netzunternehmen, so hat praktisch das gesamte TKG Auswirkungen auf die Medien. Dieser letzten Betrachtungsweise folgt dieser Text.

2.4. Regelungen im TKG

Betrachtet man unter diesem Vorzeichen die Regelungen des TKGs, so lassen sich folgende Bereiche im Besonderen aufgreifen: In Teil 2

²⁹ Vgl. *Gounalakis*, ZUM 05, 394 [394 u. 395 f.].

³⁰ Nach *Ladeur*, ZUM 05, 1 [3 ff.].

³¹ *Ladeur*, ZUM 05, 1 [3] ist der Auffassung, dass für öffentlich-rechtliche Programme kein eigenes Entgelt verlangt werden darf. Insoweit hat der Endkunde durch die Rundfunkgebühr bereits bezahlt. Mindestens in diesem Bereich ist also lediglich eine Transportleistung gegeben, die zu bezahlen ist.

³² Hoeren/Sieber-Neumann/Moritz, 4 Rn. 13 stehen diesem Problem wohl unkritisch gegenüber.

des TKG wird die Marktregulierung geregelt, der sich wiederum in Vorschriften zur Kontrolle des Marktzutritts und des Marktgeschehens unterteilen lässt. In Teil 4 finden sich Regelungen zur Rundfunkübertragung und in Teil 5 Regelungen zu Vergabe von Frequenzen, Nummern und Wegerechten.³³

2.4.1. Marktdefinition³⁴

Da Fragen der Regulierung im zweiten Teil zumeist³⁵ davon abhängen, ob ein Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht gegeben ist,³⁶ soll zuerst das Verfahren zur Marktdefinition kurz dargestellt werden.³⁷

Dieses Verfahren stellt sich theoretisch als zweiaktig dar, praktisch lassen sich die Verfahrensschritte aber kaum trennen.

2.4.1.1. Schritt 1

In einem ersten Schritt sind gemäß § 10 I TKG sachlich und räumlich relevante Telekommunikationsmärkte festzulegen, für die eine Regulierung in Betracht kommt. Diese Festlegung soll unter dem Gesichtspunkt erfolgen, inwieweit auf diesen Märkten nicht mit wirksamen Wettbewerb zu rechnen ist, § 10 II TKG. Dabei ist danach zu fragen, ob auf einem potentiellen Markt auf Grund beträchtlicher strukturell und rechtlich bedingter Marktmechanismen längerfristig nicht mit einem wirksamen Wettbewerb zu rechnen ist und das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht ausreicht, dem entgegenzuwirken.³⁸ Entscheidend ist hierbei, inwieweit ein

33 Die Regelungen zum Kundenschutz in Teil 3 betreffen hauptsächlich Telefondienstleistungen, auch Teil 6 – Universaldienst – betrifft reine Telefondienstleister, vgl. hierzu Petersen, § 14 Rn. 12 ff. Auch der Bereich der Mietleitungen, § 41 TKG, wurde im Rahmen dieser Betrachtung aussen vor gelassen.

Auch wenn Vorschriften über den Datenschutz, §§ 91 ff. TKG, wegen der Definition der „Telekommunikationsdienste“, § 3 Nr. 24 TKG nunmehr auch im Medienbereich anzuwenden sind (zu denken ist an Verkehrsdaten, insb. § 96 I Nr. 2, 3 und 4 TKG, und Standortdaten), soll der Datenschutz hier ebenfalls nicht behandelt werden.

34 Hierzu z.B. *Scherer*, NJW 04, 3002 [3002 ff.], kurz: *Haug*, Rn. 27.

35 Anders §§ 16, 18 I TKG.

36 Vgl. § 9 II TKG.

37 Vgl. hierzu die Empfehlung der Kommission vom 11.02.03, 2003/311/EG, in der einige Märkte vorgeschlagen werden. An die Empfehlung scheint sich die Bundesnetzagentur auch zu halten, vgl. Tätigkeitsbericht 2004/2005.

38 *Scherer*, NJW 04, 3001 [3003].

bestimmtes Produkt auf einem bestimmten Markt ausgetauscht werden kann.³⁹ Dabei ist zwischen der Austauschbarkeit auf der Nachfragerseite („Nachfragesubstituierbarkeit“) und auf der Angebotsseite („Angebotssubstituierbarkeit“) zu unterscheiden.⁴⁰

2.4.1.2. Schritt 2

Sind die Märkte festgelegt, ist gemäß § 11 TKG eine Marktanalyse vorzunehmen. Deren Ziel ist es, zu klären, inwieweit auf den festgelegten Märkten wirksamer Wettbewerb, § 3 Nr. 31 TKG, besteht. Dieser besteht *nicht*, soweit ein Unternehmen auf dem entsprechenden Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt.⁴¹ Dabei finden sich in § 11 I 2 ff. TKG Hinweise, wann von einem wirksamen Wettbewerb auszugehen ist.

Bei diesem zweiaktigen Vorgehen fällt auf, dass die Schritte eng miteinander verzahnt sind. Die Frage, inwieweit von einer beträchtlichen Marktmacht eines Unternehmens auszugehen ist, ist durch die Festlegung des Marktes praktisch vorherbestimmt.⁴² Hinzu kommt, dass auch die Frage nach *potenziellem* Wettbewerb auf den sich schnell ändernden dynamischen elektronischen Kommunikationsmarkt gestellt werden muss, was exakte Marktdefinitionen weiter erschwert. Durch den potenziellen Wettbewerb wird beschrieben, ob andere Konkurrenten mittelfristig den Marktzutritt suchen werden.⁴³

Eine Überprüfung der Marktdefinition und -analyse erfolgt alle zwei Jahre durch die Regulierungsbehörde, § 14 II TKG.

2.4.1.3. Märkte

Laut dem Tätigkeitsbericht⁴⁴ der RegTP⁴⁵ für das Jahr 2004 wurden

39 Vgl. Hoeren/Sieber-Moritz/Scheffelt, 4 Rn. 39 ff. zum alten TKG.

40 Röger, DVBl. 2005, 143 [151 f.].

41 Der Begriff der beträchtlichen Marktmacht entspricht der „Significant Market Power (SMP)“. Die Vermutungsgrenze liegt bei einer Marktanteil von mindestens 40%, § 11 I 4 TKG, vgl. Röger, DVBl. 2005, 143 [151], Scherer, NJW 04, 3001 [3003].

42 Röger, DVBl. 2005, 143 [152].

43 vgl. Röger, DVBl. 2005, 143 [152].

44 Fundstelle siehe Literaturverzeichnis, Internetquellen.

45 *Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post*, nunmehr *Bundesnetzagentur*, vgl. § 116 TKG.

insbesondere folgende Märkte beobachtet: Festnetz⁴⁶, Mobiltelefondienst, Mietleitungen, Zusammenschaltungen (Carrier-To-Carrier-Geschäft) sowie Kabelfernsehen.⁴⁷ Dem Tätigkeitsbericht 2004/2005 ist zu entnehmen, dass mittlerweile das geschilderte Verfahren für manche Märkte abgeschlossen ist,⁴⁸ für andere nicht⁴⁹.

2.4.2. Der Marktzutritt

Wurde durch Marktdefinition und -analyse die Notwendigkeit einer Marktregulierung festgestellt, stellt sich die Frage des Marktzutritts. Die im Folgenden geschilderten Möglichkeiten waren bislang primär für den Telefonmarkt von Bedeutung, Anwendung finden sie aber vermehrt auch im Bereich der DSL-Anschlüsse⁵⁰ bzw. allgemein im Zusammenhang mit dem sogenannten *Next-Generation-Network*⁵¹, d.h. in Netzen, in denen alle möglichen Inhalte übertragen werden sollen. Denkbar erscheint eine Regelung des Marktzutritts auch im Bereich der Backbones⁵², der Kabelnetze⁵³ und des interaktiven Fernsehens⁵⁴. Im Zusammenhang mit den Kabelnetzen ist auch an die Gatekeeper-Funktion zu denken.⁵⁵

Durch die Regelungen des Marktzutritts sollen sowohl ein

46 Unter Festnetz fallen sämtliche Festnetzdienstleistungen der Netzbetreiber mit Endkunden und Wiederverkäufern, insbesondere die Anschlussbereitstellung und das Herstellen von Wählverbindungen aller Art, vgl. insoweit Fn. 2 im Tätigkeitsbericht der RegTP 2004, S. 20.

47 *Petersen*, § 9 Rn. 19 unterscheidet zwischen Endkundenmärkten und Netzzugangsmärkten. Bei den Endkunden differenziert er zwischen dem Sprach- und Mobiltelefonmarkt, Fn. 87, bei den Netzzugangsmärkten zwischen Zusammenschaltungsmärkten und der „letzten Meile“, Fn. 88. Das Kabelfernsehen, das er nicht explizit aufnimmt, dürfte insoweit in beide Kategorien fallen.

Hoeren/Sieber-Moritz/Scheffelt, 4 Rn. 43, definiert nur Märkte, die im weitesten Sinne etwas mit dem Telefon zu tun haben, allerdings noch zum alten TKG.

48 *Tätigkeitsbericht 2004/2005*: Märkte 8-10, S. 89, Markt 11, S. 99, Markt 16 (in absehbarer Zeit), S. 111, vgl. zu den Märkten die Empfehlung der Kommission vom 11.02.03, 2003/311/EG.

49 Insbesondere der *Markt der Rundfunk-Übertragungsdienste zur Bereitstellung von Sendehalten für Endnutzer* (Markt 18 der Kommissions-Empfehlung) ist z.Zt. noch nicht definiert, Tätigkeitsberichts 2004/2005 S. 114.

50 Vgl. *Tätigkeitsbericht der RegTP 2004*, S. 29, 137, 139, *Gemeinsamer Standpunkt Bitstromzugang*, S. 2 ff.

51 Zum Begriff *Tätigkeitsbericht 2004/2005*, S. 67, 139.

52 Vgl. insoweit *Tätigkeitsbericht 2004/2005*, S. 35 f. sowie S. 123.

53 Näheres zur Marktmacht von Kabelnetzbetreibern unten S. 14. Vgl. auch *Ladeur*, ZUM 05, 1 [2], *Wrona*, CR 05, 789 [793 f.].

54 Vgl. z.B. *Ladeur*, CR 05, 99 [100].

55 S. unten S. 11.

nachhaltiger Wettbewerb als auch die Interoperabilität der elektronischen Kommunikationsdienste gewährleistet werden, sowie Verbraucherinteressen gefördert werden.⁵⁶

Losgelöst von den im Folgenden besprochenen Verpflichtungen schreibt § 25 II TKG einen Vorrang vertraglicher Abreden vor einer Anordnung der Regulierungsbehörde vor.

2.4.2.1. Zugangsregulierung, § 16 ff. TKG

Kommt es nicht zu vertraglichen Abreden, ist eine Verpflichtung⁵⁷ zur Zugangsgewährung möglich, § 21 I 1 TKG. Unter Zugang ist die Bereitstellung von Einrichtungen oder Diensten für andere Unternehmen zum Zwecke der Erbringung von Telekommunikationsdiensten zu verstehen, § 3 Nr. 32 TKG.⁵⁸ Will ein Programmanbieter von Kabelnetzbetreibern Transportdienstleistungen nachfragen und will er hierdurch selbst Telekommunikationsdienste anbieten – z.B. durch das Angebot interaktiver Ergänzungen wie Online-Shopping –, fällt dies unter die §§ 19 ff. TKG.⁵⁹

Bei der Frage, ob eine Zugangsverpflichtung anzuordnen ist, hat sich die Regulierungsbehörde an den in § 21 I 2 TKG aufgeführten Gesichtspunkten zu orientieren.⁶⁰ Die Regulierungsbehörde kann dabei den Betreiber auch zur Entbündelung verpflichten.⁶¹ Das Angebot darf infolgedessen nicht das komplette Leistungsspektrum des Betreibers umfassen, das für Mitbewerber u.U. uninteressant

56 Art. 1 I 2 RL 2002/19/EG, *Scherer*, NJW 04, 3001 [3005], zum Bereich der Verknüpfung von verschiedenen Techniken im Zusammenhang mit dem interaktiven Fernsehen, *Ladeur*, CR 05, 99 [100].

57 Zur Rechtsnatur der Auferlegungsentscheidung, *Mayen*, CR 05, 21 [22].

58 Vgl. Begründung des Entwurfs BR-Dr. 755/03, 80 f. sowie z.B. *Scherer*, NJW 04, 3001 [3005].

59 Vgl. Begründung des Entwurfs BR-Dr. 755/03 S. 88.

60 Technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit, Nr. 1, Kapazität, Nr. 2, Investitionen, Nr. 3, langfristiger Wettbewerb, Nr. 4, gewerbliche Schutzrechte, Nr. 5, europaweite Dienste, Nr. 6, bereits auferlegte Verpflichtungen, Nr. 7.

Auch wenn insoweit die Kapazität, Nr. 2, letztlich gegenüber anderen Belangen als weniger gewichtig gewertet werden könnte, was zu einer Pflicht zum Netzausbau führen könnte, dürfte dies aus verfassungsrechtlichen Gründen wohl ausscheiden, vgl. *Mayen*, CR 05, 21 [23].

Zu den Schranken beim alten TKG Hoeren/Sieber-Moritz/Scheffelt, 4 Rn. 56 f.

61 Vgl. insoweit auch die Ausführungen bei *Gemeinsamer Standpunkt Bitstromzugang*, S. 7 ff.

und damit nicht finanzierbar wäre, es sind vielmehr nachfragegerechte Pakete zu schnüren, § 21 I 2 TKG.⁶² Der so verpflichtete Betreiber hat den Mitbewerbern ein entsprechendes Angebot zu unterbreiten, § 22 I TKG.

Bei der Gewährung des Zugangs trifft den Betreiber zum einen eine Gleichbehandlungsverpflichtung, § 19 I TKG,⁶³ zum anderen eine Transparenzverpflichtung, § 20 I TKG.⁶⁴

Die Zugangsverpflichtung gemäß § 21 TKG ist einzelfallübergreifend und als Allgemeinverfügung iSd. § 35 S.2 VwVfG einzuordnen.⁶⁵ Sie hat jedoch keine Tatbestandswirkung.⁶⁶ Wird der Zugang angeordnet, § 25 TKG, so ist in diesem Zeitpunkt zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 21 TKG immer noch gegeben sind.

2.4.2.2. Zusammenschaltung als Spezialfall

Weiterhin ist ein marktbeherrschendes Unternehmen verpflichtet,⁶⁷ Mitbewerbern ein Angebot zur Zusammenschaltung seines Telekommunikationsnetzes, § 3 Nr. 27 TKG, mit deren Netzen zu unterbreiten, § 16 TKG.⁶⁸ Darüberhinaus ist eine solche Verpflichtung im Einzelfall auch gegenüber Unternehmen ohne marktbeherrschende Stellung möglich, soweit es sich um Teilnehmernetzbetreiber⁶⁹ handelt und die Verpflichtung erforderlich ist, um die Kommunikation der Nutzer, die Bereitstellung von Diensten sowie deren Interoperabilität zu gewährleisten, § 18 I 1 TKG. Die Zusammenschaltung stellt insoweit einen Sonderfall des Zugangs, § 3 Nr. 32 TKG, dar.⁷⁰

62 Vgl. Begründung des Entwurfs BR-Dr. 755/03 S. 88 zu § 19.

63 Vgl. hierzu *Attendorf*, MMR 05, 353 [353 ff.].

64 Vgl. *Scherer*, NJW 04, 3001 [3005].

65 *Mayen*, CR 05, 21 [22].

66 *Mayen*, CR 05, 21 [25].

67 Vgl. die Definition des Betreibers bei Hoeren/Sieber-Moritz/Scheffelt, 4 Rn. 36 zum alten TKG.

68 Vgl. auch den Fragenkatalog IP-Zusammenschaltung, <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/3180.pdf> und http://www.bundesnetzagentur.de/enid/Regulierung_Telekommunikation/IP-Zusammenschaltung_1xs.html.

69 D.h. der Betreiber kontrolliert den Zugang zum Endnutzer.

70 Vgl. *Scherer*, NJW 04, 3001 [3005].

Ein Angebot zur Zusammenschaltung muss jeder Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes unabhängig von seiner Marktmacht auf Verlangen anderen Anbietern unterbreiten, § 16 TKG.

2.4.2.3. Gatekeeperproblematik

Neben der reinen Zusammenschaltung ist im Bereich des Marktzutritts auch das Problem der „Gatekeeper“ zu beachten⁷¹: Drittanbieter, die Endkunden erreichen wollen, ist dies u.U. nur möglich, soweit dies vom Netzbetreiber (dem „Gatekeeper“) ermöglicht wird. Entscheidet sich dieser gegen eine technische Möglichkeit (z.B. Video-on-demand, interaktives Fernsehen), sind damit entsprechende Anbieter automatisch ausgeschlossen, der Zugang ist ihnen verwehrt.⁷² Durch die Digitalisierung werden die Möglichkeiten eines Gatekeepers sogar noch erweitert: Zwar hat der Kunde theoretisch tausende von Programmen zur Auswahl, erscheinen sie aber nicht in seinem elektronischen Fernsehprogramm (*Electronic Program Guides*, EGP), hat er faktisch keine Möglichkeit, von ihnen Kenntnis zu nehmen.⁷³

Da der Begriff des Zugangs⁷⁴ in § 3 Nr. 32 TKG denkbar weit geraten ist, kann die Regulierungsbehörde auch insoweit Zugangsverpflichtungen aussprechen. Denkbar erscheint z.B., bei der Digitalisierung des Kabelnetzes und für das interaktiven Fernsehen technische Standards vorzuschreiben.⁷⁵ Nur dann, wenn einheitliche technische Standards verwendet werden, ist es Dritten möglich, ihre Telekommunikationsdienste zu erbringen, ohne dass

71 Vgl. *Ladeur*, CR 05, 99 [101], *ders.* ZUM 05, 1 [6 f.].

72 *Ladeur*, CR 05, 99 [101].

Die Frage der Grundverschlüsselung dürfe jedoch keine des TKGs, sondern eine des Rundfunkrechts sein, *Ladeur*, CR 05, 99 [105].

73 Gleiches gilt auch z.B. für die Set-Top-Boxen, das Multiplexing und das Bundeling, vgl. *Gounalakis*, ZUM 05, 394 [394, 396].

74 „Die Bereitstellung von Einrichtungen oder Diensten für ein anderes Unternehmen unter bestimmten Bedingungen um Zwecke der Erbringung von Telekommunikationsdiensten“.

75 So das Fazit von *Ladeur*, CR 05, 99 [106].

Dieser weist auf S. 101 außerdem darauf hin, dass sich Set-Top-Boxen praktisch nicht ohne die Koordination mit den Kabelnetzbetreiber vertreiben lassen.

für jedes Netz eine neue, kostspielige Umwandlung nötig ist.

2.4.3. Entgeltregulierung

Auch der Bereich der Entgeltregulierung ist von medienrechtlicher Relevanz. Sind Belange des Rundfunks, § 2 V 1 TKG, betroffen, ist die zuständige Landesmedienanstalt zu benachrichtigen und am Verfahren zu beteiligen, § 27 III 1 TKG. Hier ist insbesondere an die Einspeiseentgelte der Inhaltenanbieter in Kabelnetze zu denken.⁷⁶

Während die § 16 ff. TKG beim Zugang allein die Mitbewerber schützen sollen, wird durch die in §§ 27 ff. TKG vorgesehene Entgeltregulierung auch der Endnutzer, § 3 Nr. 8 TKG, geschützt, § 27 I TKG.⁷⁷

2.4.3.1. Missbrauch bei der Entgeltfestsetzung

Einem Unternehmen ist die Ausnutzung seiner beträchtlichen Marktmacht bei der Entgeltfestsetzung untersagt, § 28 I TKG. § 28 TKG stellt hierbei eine sektorspezifische Regelung dar, die einen Rückgriff auf den allgemeinen Missbrauchstatbestand des § 19 GWB ausschließt.⁷⁸ Dabei sind in § 28 TKG bereits einige Beispiele konkretisiert: das Dumping, § 28 II Nr. 1 TKG,⁷⁹ die Preis-Kosten-Schere, § 28 II Nr. 2 TKG,⁸⁰ sowie die ungerechtfertigte Bündelung, § 28 II Nr. 3 TKG.⁸¹

⁷⁶ *Ladeur*, ZUM 05, 1 [3 ff.], *Wrona*, CR 05, 789 [790 ff.].

Tritt die Transportleistung des Kabelnetzbetreibers stark in den Hintergrund, wird er also Programmanbieter, greift das TKG u.U. nicht mehr ein, so *Ladeur* ZUM 05, 1 [4].

⁷⁷ vgl. allgemein *Petersen*, § 14 Rn. 7.

⁷⁸ Hieran ändert auch § 2 III TKG nicht. Eine ausdrücklich abschließende Regelung findet sich an keiner Stelle des TKG. Soll die Vorschrift daher nicht leerlaufen, müssen auch speziellere Vorschriften genügen, vgl. *Mayen*, CR 05, 21 [26].

Zur Kritik am Medienkonzentrationsrecht allgemein vgl. *Gounalakis*, ZUM 05, 394 [395 f.].

⁷⁹ Langfristig dürfen hierbei die Kosten der betreffenden Leistung zuzüglich einer angemessenen Verzinsung nicht erreicht werden, *Scherer*, NJW 04, 3001 [3007]. Vgl. auch *Mayen*, CR 05, 21 [26 ff.].

⁸⁰ Die Preis-Kosten-Schere dürfte, da die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zumindest über § 28 II Nr. 1 TKG mit Ausnahme der Gemeinkosten immer zu beachten sind, von geringer Relevanz sein. Entscheidend ist in jedem Fall das Gesamtangebot (vgl. „Endnutzermarkt“), nicht der Einzeltarif, *Mayen*, CR 05, 21 [26 f.]

⁸¹ Entscheidend ist ein objektiver Maßstab. Unerheblich ist, inwieweit ein spezieller Wettbewerber das Angebot nachbilden kann, *Mayen*, CR 05, 21 [27]. Nach *Mayen*, CR 05, 21 [28], ist für eine ungerechtfertigte Bündelung entscheidend, dass es sich um eine wettbewerbsrechtlich relevante

Wird ein Missbrauch festgestellt, untersagt die Regulierungsbehörde das verbotene Verhalten und erklärt die Entgelte ab dem Zeitpunkt der Feststellung für unwirksam, § 38 IV 1 TKG.

2.4.3.2. Zugangsleistungen

In den §§ 30 ff. TKG wird sodann zwischen Entgelten für Zugangsleistungen, §§ 30 ff. TKG,⁸² und solchen für Endnutzerleistungen, § 39 ff. TKG,⁸³ unterschieden.

Wurde ein Betreiber zur Zugangsgewährung verpflichtet, § 21 TKG,⁸⁴ so sind Entgelte genehmigungspflichtig, §§ 30 I 1, 31 TKG (Ex-Ante-Entgeltregulierung).⁸⁵ Die Genehmigung kann sich hierbei an einer effektiven Leistungsbereitstellung, § 32 Nr. 1 TKG, oder an zu Körben zusammengefassten Diensten orientieren, §§ 32 Nr. 2, 34 TKG.

Insbesondere in den Fällen, in denen bei der Marktdefinition noch keine beträchtliche Marktmacht festgestellt wurde, diese aber mittlerweile eingetreten ist, ist auch eine Ex-Post-Entgeltregulierung möglich, § 30 I S. 2 TKG.⁸⁶

Koppelung handelt, die kausal für eine erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten ist, die wiederum gerade auf die unmögliche Nachbildbarkeit des Tarifs zurückzuführen ist.

82 Vgl. *Scherer*, NJW 04, 3001 [3007 f.].

83 Vgl. *Scherer*, NJW 04, 3001 [3008].

84 S. oben S. 8.

85 Ausnahmen hiervon, also die Anordnung der nachträglichen Regulierung, finden sich in § 30 I 2 ff. TKG.

86 Ebenso ist eine nachträgliche Genehmigung z.B. vorgesehen, wenn ein Betreiber zu einer Zusammenschaltung nach § 18 TKG verpflichtet wurde, § 31 IV TKG, z.B. im Fall alternative Teilnehmernetzbetreiber.. Auch in § 31 II, III TKG finden sich Fälle der nachträglichen Entgeltregulierung.

Gleiches gilt in den Fällen des § 18 TKG, wenn also trotz fehlender Marktmacht der Zugang angeordnet wird, vgl. § 30 IV TKG. Insoweit ist das Verhältnis von § 30 IV TKG zu § 25 V 1 TKG klärungsbedürftig, da beide Vorschriften eine Entgeltregulierung vorsehen. Da § 25 V 3 TKG auch auf § 30 IV TKG verweist, dürfte insoweit § 38 I TKG anwendbar sein. Es kann also die Vorlage der Entgelte zwei Monate vor In-Kraft-Treten verlangt werden, § 38 I 1 TKG und diese innerhalb von zwei Wochen untersagt werden, wenn sie offenkundig nicht mit § 28 TKG vereinbar sind, § 38 I 2 TKG, so *Scherer*, NJW 04, 3001 [3008].

Allerdings verweist § 30 IV 2 TKG gerade nicht auf § 38 I TKG. Da § 30 IV TKG jedoch allgemein die nachträgliche Entgeltregulierung anordnet, womit grundsätzlich § 38 TKG insgesamt anzuwenden ist, vgl. I 1, erscheint dieses Ergebnis vertretbar, da so ein Verfahren für die Entgeltfestsetzung vorgegeben werden kann.

2.4.3.3. Endnutzerleistungen

Daneben ist subsidiär auch eine Entgeltregulierung im Bereich der Endnutzerentgelte möglich, soweit nur so die in § 2 II TKG genannten Ziele erreicht werden können, § 39 I TKG.⁸⁷

Da Haushalte regelmäßig entweder über Satellit oder über Kabel Inhalte abrufen, selten aber über beide Übertragungswege, stellen Kabelnetzbetreiber auch gegenüber Inhaltenanbieter, die selbst keine Telekommunikationsnetze betreiben,⁸⁸ marktmächtige Unternehmen dar, weshalb hier die Entgeltregulierung greift.⁸⁹ Da Haushalte außerdem häufig nicht zwischen Satellit und Kabel frei wählen können, ist eine Missbrauchsaufsicht der Kabelnetzbetreiber über § 39 III TKG bei Endkundenentgelten z.Zt. noch denkbar.⁹⁰

2.4.4. Missbrauch allgemein

Bei missbräuchlichem Verhalten eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht ist daneben allgemein die (teilweise) Erklärung der Unwirksamkeit einzelner Verträge, § 42 IV 2 TKG,⁹¹ sowie eine Vorteilsabschöpfung möglich, § 43 TKG.⁹²

2.4.5. Rundfunkübertragung

Losgelöst vom geschilderten Marktzutritt soll auch im Bereich des Rundfunks möglichst ein effektiver Wettbewerb gewährleistet und gleichzeitig der Digitalisierungsprozess bei der Rundfunkübertragung forciert werden. Daher schreiben die §§ 48 ff. TKG die Interoperabilität im Bereich des Rundfunks vor.⁹³ Betroffen ist die Sendung, die Übertragung und der Empfang. Geregelt wird die Interoperabilität von Fernsehgeräten, § 48 TKG, die Interoperabilität bei der Übertragung digitaler Signale, § 49 TKG und der Bereich der Zugangssysteme, § 50 TKG.

87 Vgl. *Haug*, Rn. 31, *Scherer*, NJW 04, 3001 [3008].

88 Betreibt der Inhaltenanbieter selbst Telekommunikationsnetze, fällt er nicht unter den Endkundenbegriff des § 3 Nr. 8 TKG.

89 *Ladeur* ZUM 05, 1 [2], *Wrona*, CR 05, 789 [791 f.].

90 § 30 I 1 TKG greift nicht, da keine Zugangsleistung gegeben ist, *Wrona*, CR 05, 789 [793 ff.].

91 Vgl. kritisch zu § 42 *Robert*, K&R, 05 354 [354 ff.].

92 Vgl. *Hoeren/Sieber-Moritz/Scheffelt*, 4 Rn. 77 sowie 82 ff. zum alten TKG, *Scherer*, NJW 04, 3001 [3009].

93 *Scherer*, NJW 04, 3001 [3002].

Zumindest potentiell⁹⁴ sollen hierdurch jedem Nutzer dieselben Möglichkeiten offenstehen.

2.4.5.1. Fernsehgeräte

Ab einer sichtbaren Diagonalen von 42 Zentimetern ist auch bei *analogen* Fernsehgeräten der Anschluss digitaler Fernsehempfangsgeräte, § 3 Nr. 7 TKG, zu ermöglichen, § 48 I TKG. Im Bereich *digitaler* Fernsehempfangsgeräte ist, soweit entweder eine bestimmte Größe⁹⁵ gegeben oder eine Anwendungs-Programmierschnittstelle (API)⁹⁶ vorhanden ist, Dritten die Möglichkeit zur Interoperabilität ihrer Geräte bzw. Anwendungen zu eröffnen. Dies wird dadurch erreicht, dass bestimmte Schnittstellen vorhanden sein müssen, die entweder von einer anerkannten europäischen Normenorganisation angenommen wurden oder die einer gemeinsamen, branchenweiten, offenen Spezifikation entsprechen, vgl. § 48 II Nr. 1 und 2 TKG.

Um eine Aufteilung des Marktes zu verhindern, wird außerdem bestimmt, dass die Nutzung von *Zugangsberechtigungssystemen* allen Herstellern digitaler Fernsehempfangsgeräte in chancengleicher, angemessener und nichtdiskriminierender Weise ermöglicht werden muss, § 50 II TKG. Gleiches gilt für die Anbieter von Anwendungs-Programmierschnittstellen, § 49 II TKG.

Mit jedem (neuen) Fernsehgerät soll der Nutzer also möglichst in der Lage sein, alle Angebote empfangen zu können, auch wenn er u.U. noch weitere Geräte benötigen sollte.

2.4.5.2. Digitale Fernsehsignale

Werden Inhalte in einem bestimmten Format gesendet, so sind sie auch in diesem Format zu übertragen, § 49 I TKG. Durch die Übertragung sollen die Möglichkeiten der Endnutzer also nicht beschnitten werden.

Weiterhin haben Rechteinhaber von Anwendungs-

94 Aus der Pflicht zur Bereitstellung von Informationen folgt keine Pflicht der Gerätehersteller, diese Information auch zu nutzen.

95 Eine sichtbare Diagonale von 30 cm.

96 Unterscheiden lassen sich „Ausführungsmaschinen“, „Darstellungsmaschinen“ sowie eine Kombination, *Ladeur*, CR 05, 99 [102]

Programmierschnittstellen Dritten gegen eine angemessene Vergütung Informationen bereitzustellen, damit diese sämtliche der angebotenen Funktionen auch nutzen können, § 49 II TKG.

2.4.5.3. Zugangsberechtigungssysteme

Zuguterletzt sollen auch Anbieter öffentlicher Telekommunikationsnetze auf lokaler oder regionaler Ebene davor geschützt werden, dass ihnen die Übertragung bestimmter Fernsehsignale allein dadurch faktisch unmöglich gemacht wird, dass die Nutzung eines Zugangsberechtigungssystems, § 3 Nr. 33 TKG, erhebliche Kosten verursacht, § 50 I TKG.⁹⁷ Zu denken ist z.B. an Premiere. Die Systeme sind so auszulegen, dass eine kostengünstige Übergabe der Kontrollfunktion von einem Netz zum anderen möglich ist. Andernfalls wäre es kleineren Anbietern oftmals nicht möglich, geschützte Signale zu übertragen.

2.4.6. Knappe Ressourcen⁹⁸

Da es sich bei Frequenzen – noch⁹⁹ – um ein knappe Ressource handelt, werden diese auch weiterhin zugeteilt und können nicht frei genutzt werden, § 55 I 1 TKG. Dabei ist vorrangig an Allgmeinuteilungen zu denken, § 55 II TKG.¹⁰⁰ Bei einer solchen darf die Frequenz von der Allgemeinheit oder von einem bestimmten Personenkreis genutzt werden.

Soweit deutsche Rechte betroffen sind, bedarf die Nutzung von Satelliten einer Frequenzuteilung und der Übertragung von Orbit- und Frequenznutzungsrechte, § 56 TKG.

Auch soweit Frequenzen zur Übertragung von Rundfunk benutzt

97 Der hier verwendete Zugangsbegriff stimmt nicht mit dem von § 3 Nr. 32 TKG überein, vgl. Begründung zum Entwurf BR-Dr. 755/03 S. 81.

98 Weil in § 66 I 3 TKG die Verwaltung von Domännennamen ausdrücklich nicht der Bundesnetzagentur zugewiesen ist, ist der Bereich der Nummerierung für den Medienbereich von keiner Relevanz.

Auch die in §§ 68 ff. TKG geregelten Wegerechte haben keine unmittelbare Auswirkungen auf die Medien, es werden vielmehr nur Möglichkeiten bei der Errichtung von Telekommunikationskabelanlagen geregelt.

99 Im Rahmen der Digitalisierung dürften Frequenzen in Zukunft nicht mehr zwingend als knappe Frequenzen einzuordnen sein. Durch das sogenannte Multiplexing können auf einer „herkömmlichen“ Frequenz mehrere Programme ausgestrahlt werden.

100 Scherer, NJW 04, 3001 [3009].

werden sollen, bedarf es einer Zuteilung nach § 55 TKG, vgl. § 57 I 1 TKG. Daneben ist das Benehmen mit der zuständigen Landesbehörde herzustellen, § 57 I 1 TKG. Insoweit ist von diesen der Versorgungsbedarf für Rundfunk mitzuteilen, § 57 I 2 TKG.

Bei der Frequenzzuteilung kann die Art und der Umfang der Nutzung festgelegt werden, § 60 I 1 TKG. Auch ist eine gemeinsame Zuteilung möglich, selbst wenn dies für die einzelnen Nutzer Beeinträchtigungen nach sich ziehen sollte, § 59 S. 1 TKG. Dabei steht es der Regulierungsbehörde offen, den Frequenzhandel zu erlauben, § 62 TKG.¹⁰¹

In bestimmten Fällen ist auch der Widerruf der Frequenzzuteilung möglich, § 63 TKG.

¹⁰¹ Vgl. *Scherer*, NJW 04, 3001 [3009].

3. Rechtliche Regelungen der Mediendienste

Nachdem nun in einem ersten Schritt die Regelungen, die den Transport von Inhalten regelt, besprochen wurden, sollen nun die Regelungen betreffend der Mediendienste näher betrachtet werden. Dabei folgt die Darstellung grob der Einteilung des Mediendienstestaatsvertrags (MDStV): Nach Fragen der Verantwortlichkeit und des Nutzerschutzes soll kurz auf den Datenschutz eingegangen werden.

3.1. Definition Mediendienste

In § 2 I 1 MDStV findet sich eine Legaldefinition der Mediendienste. Umfasst sind Informations- und Kommunikationsdienste die an die Allgemeinheit gerichtet sind. Die physikalische Art der Verbreitung ist hierbei unerheblich, solange nur elektromagnetische Schwingungen genutzt werden.¹⁰² Dabei sind Mediendienste zulassungs- und anmeldefrei, § 4 MDStV. Abzugrenzen sind Mediendienste jedoch zum einen vom Rundfunk, zum anderen von Telediensten.

3.1.1. Abgrenzung gegenüber dem Rundfunk

Gegenüber § 2 I Rundfunkstaatsvertrag (RStV), der gemäß § 2 I 2 MDStV unberührt bleibt, fehlt es an dem Merkmal der „Darbietung“.¹⁰³ Eine Darbietung ist dann gegeben, wenn diese zur öffentlichen Meinungsbildung bestimmt und geeignet ist, wobei besonders auf die Wirkungsintensität zu achten ist.¹⁰⁴ Auch ist für Rundfunk auf eine planvolle und zeitlich geordnete Sendung abzustellen.¹⁰⁵ Bei Mediendiensten wird der Beitrag, den sie zur öffentlichen Meinungsbildung leisten können, verglichen mit dem Rundfunk als deutlich geringer eingeschätzt.¹⁰⁶ Letztlich handelt es

¹⁰² Da die Schwingungen „ohne Verbindungsleitung oder längs oder mittels eines Leiters verbreitet werden“, § 2 I 1 MDStV, müssen, ist nur die Nutzung von elektromagnetischen Schwingungen von Bedeutung, vgl. auch Roßnagel-Meier, § 2 MDStV Rn. 32.

¹⁰³ Haug, Rn. 48, Hoeren/Sieber-Holzsnagel/Kibele, 5 Rn. 46, vgl. zu den auftretende Problemen die Rn. 47 und 52.

¹⁰⁴ Roßnagel-Meier, § 2 MDStV Rn 26.

¹⁰⁵ Fechner, Rn. 785.

¹⁰⁶ Hoeren/Sieber-Holzsnagel/Kibele, 5 Rn. 46.

sich um eine wertende Beurteilung im Einzelfall.¹⁰⁷ Will der Anbieter sicherstellen, einen Mediendienst zu betreiben, muss er daher eine rundfunkrechtliche Unbedenklichkeitserklärung beantragen.¹⁰⁸

3.1.2. Abgrenzung gegenüber dem TDG

Die Abgrenzung gegenüber dem Teledienstegesetz (TDG),¹⁰⁹ das ebenfalls unberührt bleibt, § 2 I 4 MDStV, erfolgt über die „Allgemeinheit“¹¹⁰ sowie über den redaktionellen Inhalt, sie ist funktionsbezogen¹¹¹. An die Allgemeinheit ist ein Dienst *nicht* gerichtet, wenn sich der Adressatenkreis im Vorfeld dergestalt bestimmen lässt, dass die Adressaten persönlich miteinander verbunden sind.¹¹² Neben diesem unbestimmten Adressatenkreis ist dann eine redaktionelle Gestaltung mit dem Ziel der Meinungsbildung nötig, um einen Mediendienst bejahen zu können.¹¹³

3.1.3. Beispiele

Beispiele für Mediendienste finden sich in § 2 II MDStV. Auf der einen Seite stehen die Verteildienste, die durch die Informationsübertragung von einer Stelle an viele („point-to-multipoint“) und durch den zeitgleichen Versand und Empfang der Inhalte gekennzeichnet sind.¹¹⁴ Gemeint sind das Teleshopping, § 2 II Nr. 1 MDStV,¹¹⁵ das „data broadcasting“, § 2 II Nr. 2 MDStV,¹¹⁶ und

107 Hoeren/Sieber-Holznagel/Kibele, 5 Rn. 53.

108 Fechner, Rn. 1097, Haug, Rn. 48.

109 Vgl. Haug, Rn. 42 ff., Hoeren/Sieber-Moritz/Scheffelt, 4 Rn. 9 ff.

110 In Abgrenzung zur Individualkommunikation, vgl. Hoeren/Sieber-Holznagel/Kibele, 5 Rn. 59.

111 Hoeren/Sieber-Moritz/Scheffelt, 4 Rn. 10.

112 Roßnagel-Meier, § 2 MDStV Rn 24.

Das TDG regelt primär die Individualkommunikation, vgl. § 2 II 1 TDG.

113 OVG Münster, CR 03, 361, Roßnagel-Meier, § 2 MDStV Rn 49.

114 Vgl. Hoeren/Sieber-Holznagel/Kibele, 5 Rn. 41.

115 Die Abgrenzung zu den in § 2 II Nr. 5 TDG umfassten Angeboten erfolgt durch den Medienbruch: ist ein solcher nötig, handelt es sich um Teleshopping, kann direkt bestellt werden, ist ein Teledienst gegeben. In Abgrenzung zum Rundfunk dürfen beim Teleshopping neben dem reinen Waren- oder Dienstleistungsangebot keine weiteren Elemente vorhanden sein, vgl. Roßnagel-Meier, § 2 MDStV Rn 55 f.

116 In Abgrenzung zu § 2 II Nr. 2 TDG ist hierbei die Aufbereitung der Daten mit dem Ziel der Meinungsbildung für die Allgemeinheit nötig, Roßnagel-Meier, § 2 MDStV Rn 57 ff.

Beispiele: Wetterdaten, Ergebnisse von Messungen im Umweltbereich,

die Textdienste, § 2 II Nr. 3 MDStV,¹¹⁷. Auf der anderen Seite stehen die Abrufdienste, § 2 II Nr. 4 MDStV.¹¹⁸ Diese zeichnen sich dadurch aus, dass eine Datenübermittlung erst auf Anforderung durch den Nutzer erfolgt, wie dies z.B. bei Video-On-Demand der Fall ist.¹¹⁹ Online-Dienste unterfallen entweder der Generalklausel des § 2 I MDStV oder den Regelbeispielen in § 2 II MDStV.¹²⁰

3.2. Verantwortlichkeit

In den §§ 6-9 MDStV ist die Verantwortlichkeit der Diensteanbieter¹²¹ für Inhalte geregelt.¹²² Die Vorschriften entsprechen denen TDG.¹²³

3.2.1. Grundsatz, Content-Provider

Für Informationen, die direkt auf die Diensteanbieter zurückgehen, haften diese voll, § 6 II MDStV („Content-Provider“).¹²⁴ Soweit keine eigenen Informationen in diesem Sinne betroffen sind, sind Diensteanbieter ausdrücklich von einer Überwachungs- oder Nachforschungspflicht befreit, § 6 II MDStV. Dazwischen stehen die „zu Eigen gemachten“ Informationen.¹²⁵ Dabei handelt es sich um solche Informationen, die ursprünglich von einer dritten Person stammen, die sich der Anbieter aber mittlerweile – u.U. wegen Zeitablauf und mangelnder Überprüfung – laut Rechtsprechung als von ihm gutgeheißen zurechnen lassen muss. Wann eine solche Überprüfung angezeigt ist, ergibt sich aus der Rechtsprechung jedoch nicht sicher.¹²⁶

Hoeren/Sieber-Holznagel/Kibele, 5 Rn. 41, Fn. 3, zu den Problemen bei der Abgrenzung zum TDG vgl. Hoeren/Sieber-Holznagel/Kibele, 5 Rn. 61, 67.

117 Umfasst sind Fernsehtext, Radiotext und vergleichbare Textdienste.

118 Vgl. Hoeren/Sieber-Holznagel/Kibele, 5 Rn. 42.

119 Ausgenommen sind Dienste, bei denen die der individuelle Leistungsaustausch oder die reine Datenübertragung im Vordergrund, sowie Telespiele, § 2 II Nr. 4 a.E. MDStV.

120 Mit der Entscheidung, für internetfähige Rechner ab 2007 Rundfunkgebühren zu verlangen, dürfte der Bereich Internet-Radio nunmehr nicht mehr als Abrufdienst iSd. Nr. 4 sondern als Rundfunk einzustufen sein.

121 § 3 Nr. 1 MDStV.

122 Vgl. allgemein Haug, Rn. 51, Hoeren, S. 335 ff., Köhler/Arndt, Rn. 479 ff. Kurz Gounalakis, NJW 97, 2993 [2995].

123 §§ 8 ff. TDG.

124 Vgl. zu § 8 TDG Hoeren, S. 338 ff.

125 Vgl. hierzu Schmitz/Dierking, CR 05, 420 [424 f.].

126 Vgl. z.B. LG Trier, Urt. v. 15.05.2001, 4 O 106/00 = JurPC Web-Dok. 206/2002 ; LG Düsseldorf, Urt. v. 14.08.2002, Az. 2a O 312/01 = JurPC Web-Dok. 323/2002.

3.2.2. Access-Provider

Der Access-Provider, also derjenige, der anderen nur den Zugang zu Informationen vermittelt, ist von einer Haftung freigestellt, §§ 7, 8 MDStV.¹²⁷

Werden lediglich Informationen durchgeleitet, § 7 MDStV, entfällt die Verantwortlichkeit. Ein Durchleiten ist jedoch nur dann geben, wenn entweder Nutzerinformationen übermittelt oder der Zugang zu einem Kommunikationsnetz vermittelt wird, § 7 I 1 MDStV.¹²⁸ Desweiteren darf die Übermittlung nicht vom Access-Provider veranlasst worden sein, § 7 I Nr. 1 MDStV, und er darf weder den Adressaten, § 7 I Nr. 2 MDStV, noch die übermittelte Information, § 7 I Nr. 3 MDStV, ausgewählt haben.

Weiterhin ist der Diensteanbieter von einer Verantwortlichkeit auch dann befreit, wenn er Daten kurzfristig speichert, soweit dies für die Übermittlung üblicherweise erforderlich ist, § 7 II MDStV. Weiter geht insoweit § 8 MDStV, der auch ein Cacheing, also eine Speicherung von Daten, um diese den eigenen Nutzern schneller übermitteln zu können, für einen begrenzten Zeitraum erlaubt.¹²⁹ Der Zeitraum ist dabei nicht exakt festzulegen, entscheidend ist die Netzeffizienz.¹³⁰

Trotz prinzipieller Anwendbarkeit der §§ 7, 8 MDStV bleibt die Verantwortlichkeit jedoch bestehen, wenn Diensteanbieter und Nutzer absichtlich zusammenarbeiten, um rechtswidrige Handlungen zu begehen, §§ 7 I 2, 8 S. 2 MDStV.

3.2.3. Host-Provider

Gemäß § 9 MDStV¹³¹ entfällt eine Verantwortlichkeit des

In meinen Augen handelt es sich hierbei um einen klarer Verstoß gegen § 6 II 1 MDStV bzw. § 8 II 1 TDG. Ähnlich Roßnagel-Ukrow, § 9 MDStV Rn 16, Gramespacher, JurPC Web-Dok. 131/2005, Abs. 15 ff. zum TDG und Schmitz/Dierking, CR 05, 420 [424 f.].

127 Vgl. §§ 8, 9, 10 TDG.

128 Vgl. zum TDG Hoeren, S. 342 f.

129 Insbesondere sind sogenannte Proxy-Cache-Server umfasst, Roßnagel-Ukrow, § 8 MDStV Rn 13, die Vorschrift gilt aber je nach Ausgestaltung auch für sog. Mirrors, Roßnagel-Ukrow, § 8 MDStV Rn 14.

130 Roßnagel-Ukrow, § 8 MDStV Rn 15.

131 Entspricht § 11 TDG.

Diensteanbieters auch dann, wenn er lediglich fremde Informationen speichert. Dies gilt jedoch nur, solange er keine Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder Information hat oder er unverzüglich nach Kenntniserlangung die Information entfernt oder den Zugang zu ihnen gesperrt hat. Er haftet nicht für Schadensersatzansprüche, wenn keine Anzeichen gegeben sind, aus denen sich die Rechtswidrigkeit offensichtlich ergibt.

Kernpunkt ist insofern die Kenntnis. Erforderlich ist positive Kenntnis. In welchem Umfang diese gegeben sein muss, ist unklar.¹³² Die Kenntnis muss jedenfalls die objektive Tatbestandsverwirklichung umfassen.¹³³ Soweit rechtswidrige Informationen betroffen sind, wie z.B. Beleidigungen¹³⁴ oder Kinderpornografie, genügt die bloße Tatsachenkenntnis.¹³⁵ Ist aber eine Handlung Gegenstand der Rechtswidrigkeit, z.B. das Einstellen von urheberrechtlich geschütztem Material, muss die Kenntnis auch die Rechtswidrigkeit umfassen.¹³⁶ Soweit bei Schadensersatzansprüchen Offensichtlichkeit gefordert wird, muss diese auch die Rechtswidrigkeit umfassen.¹³⁷ Der bloße Hinweis, rechtswidrige Inhalte seien vorhanden, genügt insoweit nicht zur Begründung positiver Kenntnis.¹³⁸

3.2.4. Entfernung und Sperrung

In allen Fällen der §§ 7 bis 9 MDStV bestimmt § 6 II 2 MDStV¹³⁹, dass Verpflichtungen zur Entfernung und Sperrung von Inhalten nach den allgemeinen Gesetzen unberührt bleiben. Über die Hintertür der allgemeinen Störerhaftung werden so die

132 Roßnagel-Ukrow, § 9 MDStV Rn 14, *Schmitz/Dierking*, CR 05, 420 [425 f.].

133 *Hoeren*, S. 344.

Dieser bemängelt, dass hierdurch eine effektive Selbstkontrolle unmöglich gemacht wird, weil derjenige, der zumindest streckenweise kontrolliert, sich selbst ins Fleisch schneidet, sind ihm doch danach u.U. Tatsachen bekannt. Es ist für einen Host-Provider deshalb von Vorteil, gar nicht zu kontrollieren.

134 Im Grenzbereich zwischen zulässiger Meinungsäußerung und unzulässiger Beleidigung kann sich dies aber ebenfalls als schwierige Abwägung darstellen.

135 Wohl anders *Schmitz/Dierking*, CR 05, 420 [426].

136 Roßnagel-Ukrow, § 9 MDStV Rn 20.

137 *Hoeren*, S. 345.

138 *Schmitz/Dierking*, CR 05, 420 [426].

139 Entspricht § 8 II 2 TDG.

Haftungsprivilegierungen wieder aufgeweicht,¹⁴⁰ da Störer jeder ist, der in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Verletzung beigetragen hat¹⁴¹. Inwieweit dies mit Art. 14 E-Commerce-Richtlinie¹⁴² vereinbar ist, ist strittig.¹⁴³ In jedem Fall muss die Entfernung und Sperrung jedoch technisch möglich und zumutbar sein.¹⁴⁴

Problematisch ist insoweit die Zwickmühle, in die der Provider kommen kann, fordert man zur Haftungsfreistellung nur die positive Kenntnis der Tatsachen: Ist die Rechtswidrigkeit nicht eindeutig geklärt, muss er sich entscheiden, ob er eher dem eigenen Kunden oder einer dritten Person Schadensersatz leisten will. Handeln muss er in jedem Fall.¹⁴⁵

3.3. Nutzerschutz

3.3.1. Informationspflichten

Diensteanbieter trifft allgemein die Verpflichtung, die für eine Kontaktaufnahme nötigen Informationen leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten, § 10 I MDStV („Impressum“).¹⁴⁶ Werden geschäftsmäßige Mediendienste angeboten, erweitert § 10 II 1 MDStV die Anforderungen an die bereitzustellenden Informationen erheblich, so sind z.B. Angaben zur schnellen elektronischen Kontaktaufnahme und eventuelle Registernummern anzugeben.¹⁴⁷ Im Falle journalistisch-redaktionell gestalteter Angebote ist außerdem ein Verantwortlicher zu benennen, § 10 III MDStV. Solche Angebote sind gegeben, wenn die periodisch erscheinende elektronische Presse betroffen ist, wobei

140 Roßnagel-Ukrow, § 9 MDStV Rn 37 ff., *Schmitz/Dierking*, CR 05, 420 [422 f.]. Vgl. z.B. die Sperrverfügungen der Bezirksregierung Düsseldorf, *Hoeren*, Fn. 1200 m.w.N.

141 Roßnagel-Ukrow, § 9 MDStV Rn 38.

142 KOM (1999) 427.

143 Für eine Vereinbarkeit Roßnagel-Ukrow, § 6 MDStV Rn 113, dagegen *Hoeren*, S. 342.

144 Roßnagel-Ukrow, § 6 MDStV Rn 115.

145 Vgl. *Schmitz/Dierking*, CR 05, 420 [426 f.].

146 *Hoeren*, S. 170 f. sowie S. 193 ff. zum TDG.

147 Vgl. *Gounalakis*, NJW 97, 2993 [2995 f.], *Hoeren*, S. 170 f., zum TDG.

der Begriff „periodische Presse“ weit zu verstehen ist.¹⁴⁸ Periodisch bedeutet hierbei insbesondere nicht regelmäßig.¹⁴⁹ Entscheidend ist die Möglichkeit, die öffentliche Meinungsbildung zu beeinflussen.¹⁵⁰

Ungeachtet der Regelungen des UWG, § 10 IV 2 MDStV, werden in § 10 IV 1 MDStV Anforderungen an die kommerzielle Kommunikation, § 3 Nr. 5 MDStV, gestellt. Dies ist jede Form der Kommunikation, deren Ziel unmittelbar oder mittelbar die Förderung des Absatzes ist. Nicht umfasst ist allerdings die reine Informationsübermittlung, die keine Werbung darstellt.¹⁵¹ Kommerzielle Kommunikation muss als solche klar erkennbar sein, Nr. 1, den Veranlasser erkennen lassen, Nr. 2, und die Bedingungen von Angeboten¹⁵² klar und unzweideutig sowie leicht zugänglich bereithalten, Nr. 3 und 4.

3.3.2. Inhaltliche Vorgaben

Inhaltliche Vorgaben betreffen hauptsächlich journalistische Angebote, §§ 11 I, II, 14, 15 MDStV, beschränken sich aber nicht auf diese.

3.3.2.1. Der Inhalt selbst

Allgemein ist die verfassungsgemäße Ordnung zu beachten, § 11 I 1 MDStV. Soweit Verteildienste nach § 2 II Nr. 1 bis 3 MDStV betroffen sind, stellt § 11 II MDStV weitere Anforderungen an den Inhalt.¹⁵³ Dienen diese der Berichterstattung und enthalten sie Informationsangebote, sind journalistische Grundsätze einzuhalten, § 11 II 1 MDStV. Berichterstattung ist dabei alles, was aktuell oder potentiell, unmittelbar oder mittelbar zur Vermittlung von Informationen oder Meinungen dient.¹⁵⁴ Inhalt, Herkunft und Wahrheit von Nachrichten über das aktuelle Tagesgeschehen sind mit der gebotenen Sorgfalt zu prüfen, § 11 II 2 MDStV. Auch sind

148 Roßnagel-Ukrow, § 10 MDStV Rn 128.

149 Hoeren, S. 171.

150 Hoeren, S. 172.

151 Z.B. Testberichte, Roßnagel-Meier, § 3 MDStV Rn 28.

152 Z.B. Preisnachlässe, Nr. 3, oder Gewinnspiele, Nr. 4.

153 Vgl. Gounalakis, NJW 97, 2993 [2996].

154 BverfGE 57, 295 [324], 60, 53 [63 f.].

Kommentare als solche klar zu kennzeichnen, § 11 II 3 MDStV.

Werden Meinungsumfragen, die der Diensteanbieter durchgeführt hat, wiedergegeben, ist anzugeben, inwieweit diese repräsentativ sind, § 11 III MDStV.

3.3.2.2. Gegendarstellung

Soweit die Angebote als journalistisch-redaktionell iSd. § 10 III MDStV einzuordnen sind, besteht gemäß § 14 I MDStV die Verpflichtung, eine Gegendarstellung in das Angebot aufzunehmen.¹⁵⁵ Die Vorschrift entspricht den Regeln in den Landespressegesetzen, nimmt aber Rücksicht auf eventuelle Besonderheiten. So ist die Gegendarstellung so lange wie die Tatsachenbehauptung in unmittelbarer Verknüpfung anzubieten, § 14 I 3 MDStV. Wird die Tatsachenbehauptung nicht mehr angeboten, besteht ein Anspruch auf Gegendarstellung für längstens einen Monat, § 14 I 4 MDStV.

3.3.2.3. Werbung

In § 13 MDStV werden Anforderungen an die Werbung näher konkretisiert.¹⁵⁶ Diese muss als solche klar erkennbar und von den übrigen Inhalten eindeutig getrennt sein, § 13 I 1 MDStV.¹⁵⁷ Auch dürfen keine unterschweligen Techniken genutzt werden, § 13 I 2 MDStV.¹⁵⁸ Eine ausdrückliche Regelung zu Werbung, die an Kinder und Jugendliche gerichtet ist, fehlt nunmehr, stattdessen wird allgemein auf die Bestimmungen des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages verwiesen, § 12 MDStV, der den Jugendschutz im Zusammenhang mit der Werbung in § 18 regelt.¹⁵⁹

Für Teleshopping und Sponsoring von Fernsehtext werden

¹⁵⁵ Vgl. *Gounalakis*, NJW 97, 2993 [2997], *Hoeren*, S. 171 f. zum alten MDStV.

¹⁵⁶ Vgl. *Fechner*, Rn. 1110 ff., *Gounalakis*, NJW 97, 2993 [2997].

¹⁵⁷ Vgl. *Hoeren*, S. 204 ff. mit Ausführungen zur Übertragbarkeit dieser Regelung. Soweit von einer redaktionellen Seite auf eine Werbeseite verlinkt wird, ist hierauf ausdrücklich hinzuweisen, LG Berlin, Urt. v. 26. Juli 2005 -16 O 132/05.

¹⁵⁸ Zu denken ist an subliminale Werbung. Product Placement dürfte hierfür jedoch noch nicht ausreichen. Vgl. zu Werbebeschränkungen im UWG z.B. *Petersen*, § 8 Rn. 31 ff.

¹⁵⁹ Vgl. *Roßnagel-Altenhain*, § 12 MDStV Rn 66 ff. Insoweit veraltet *Hoeren*, S. 169.

daneben einige Vorschriften des Rundfunkstaatsvertrages entsprechend angewendet, § 13 II, III MDStV.

3.4. Auskunftsrecht

Soweit eine Vergleichbarkeit mit der herkömmlichen Presse besteht, § 10 III MDStV, steht den Diensteanbietern auch ein Auskunftsrecht gegenüber Behörden zu, § 15 I MDStV.¹⁶⁰

3.5. Datenschutz

Der Datenschutz im MDStV ist geprägt von der Zweckbindung, dem Systemdatenschutz¹⁶¹ und der Datenvermeidung¹⁶². Er entspricht insoweit den Vorschriften des BDSG und des TDDSG.¹⁶³

3.5.1. Grundsatz

Eine Erhebung, Verarbeitung und Nutzung (im Folgenden „Verwendung“) von personenbezogener Daten ist nur statthaft, wenn dies gesetzlich erlaubt ist oder der Nutzer eingewilligt hat, § 17 I MDStV. Wegen der Zweckbindung gilt dies auch für eine anderweitige Verwendung der Daten, § 17 II MDStV. Die Einwilligung kann der Nutzer jederzeit widerrufen, worauf er auch hinzuweisen ist, § 18 III MDStV. Der Nutzung seiner Daten in anonymisierter Form für Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder der bedarfsgerechten Gestaltung der Mediendienste kann der Nutzer widersprechen, § 19 IV 1 MDStV, worauf er hinzuweisen ist, § 19 IV 2 MDStV.

3.5.2. Anonymität

Steht dem Nutzer keine (zumutbare) Möglichkeit zur Verfügung, anderweitig Zugang zu dem Mediendienst zu erlangen, darf die Erbringung des Mediendienstes nicht von einer Einwilligung in die

¹⁶⁰ Vgl. insoweit auch das zum 1.1.2006 in Kraft getretene Informationsfreiheitsgesetz, BGBl. (2005) I S.2722.

Allgemein hierzu *Kugelman*, NJW 05, 3609 ff.

Zum MDStV *Gounalakis*, NJW 97, 2993 [2997 f.].

¹⁶¹ Unter Systemdatenschutz ist der Umstand zu verstehen, dass vom Diensteanbieter die Systeme so einzurichten sind, dass eine Missbrauchsmöglichkeit durch Dritte möglichst ausgeschlossen ist, § 18 IV MDStV, vgl. *Engel-Flehsig, Maennel, Tettenborn*, NJW 97, 2981 [2987].

¹⁶² Hierzu § 3a BDDSG.

¹⁶³ *Hoeren*, S. 319.

Verarbeitung oder Nutzung der Daten zu anderen Zwecken abhängig gemacht werden, § 17 IV MDStV. Soweit dies technisch möglich ist, ist außerdem Zugang und Bezahlung auch anonym zu ermöglichen, § 18 VI MDStV.¹⁶⁴ Problematisch ist in diesem Zusammenhang, ab wann von einer solchen zumutbaren Möglichkeit zu sprechen ist.

3.5.3. Verschiedene Datenarten

Zu trennen ist zwischen Bestands-, Nutzungs- und Abrechnungsdaten, § 19 MDStV. Unter Bestandsdaten sind solche personenbezogenen Daten zu verstehen, die für den Inhalt des Vertragsverhältnisses von Bedeutung sind, § 19 I 1 MDStV.¹⁶⁵ Diese dürfen ohne Einwilligung nur verwendet werden, soweit dies für das Vertragsverhältnis nötig ist. Soweit Daten erhoben werden müssen, um die Inanspruchnahme eines Dienstes zu ermöglichen oder abzurechnen, „Nutzungsdaten“, ist dies zulässig, § 19 II 1 MDStV.¹⁶⁶ Nach Beendigung des Nutzungsvorgang dürfen Daten nur noch zu Abrechnungszwecken, es handelt sich dann um „Abrechnungsdaten“, § 19 III, V 1 MDStV,¹⁶⁷ oder in anonymisierter Form, § 19 IV MDStV, verwendet werden. In § 19 VIII 1 MDStV ist die Höchstdauer für die Speicherung von Abrechnungsdaten mit sechs Monaten festgesetzt¹⁶⁸.

3.5.4. Auskunftsrecht

Zuguterletzt wird in § 20 MDStV ein Auskunftsrecht des Nutzers geregelt.¹⁶⁹ Auf Verlangen ist diesem mitzuteilen, welche Daten zu seiner Person gespeichert sind.

164 Vgl. allgemein *Fritsch, Roßnagel, Schwenke, Stadler*, DuD 05, 592 ff., insb. 593 f.

165 *Engel-Flechsigt, Maennel, Tettenborn*, NJW 97, 2981 [2987], *Roßnagel-Dix/Schaar*, § 19 MDStV Rn. 57.

166 Vgl. *Engel-Flechsigt, Maennel, Tettenborn*, NJW 97, 2981 [2987], *Roßnagel-Dix/Schaar*, § 19 MDStV Rn. 74.

167 *Engel-Flechsigt, Maennel, Tettenborn*, NJW 97, 2981 [2987], *Roßnagel-Dix/Schaar*, § 19 MDStV Rn. 89 f. Und 101 ff.

168 Die Frist verlängert sich, wenn Einwendungen erhoben wurden, § 19 VIII 2 MDStV, hierzu *Roßnagel-Dix/Schaar*, § 19 MDStV Rn. 138 ff.

169 Hierzu *Gounalakis*, NJW 97, 2993 [2999], *Roßnagel-Schaar*, § 20 MDStV Rn. 1 ff.

3.6. Probleme und Ausblick

Nachdem auf die derzeitige Regelung der Mediendienste eingegangen wurde, soll nunmehr kurz auf einige bestehende Probleme hingewiesen werden.

Schon die genaue Definition der Mediendienste in Abgrenzung zum Rundfunk und zu den Telediensten gestaltet sich schwierig.¹⁷⁰ In die Richtung einer Vereinfachung geht hierbei der Plan der EU-Kommission zur Modernisierung der Fernsehrichtlinie¹⁷¹: audiovisuelle Medien, die auf Initiative des Anbieters versendet werden, sollen unabhängig von der verwendeten Technik gleich geregelt werden.¹⁷²

Weitere Schwierigkeiten ergeben sich im Bereich der Haftung. So ist z.B. nicht sicher geklärt, inwieweit die Freistellung von der Haftung im MDStV auch für den Bereich des Urheberrechts gilt.¹⁷³ Hintergrund ist, dass die Gesetzgebungskompetenz für den Bereich des Urheberrechts, Art. 73 Nr. 9 GG, beim Bund liegt. Ganz allgemein steht den Ländern im Bereich des Straf- und Zivilrechts keine Gesetzgebungskompetenz zu, Art. 74 Nr. 1 GG. Befindet sich ein Diensteanbieter im Grenzbereich zwischen TDG und MDStV, kann diese Unsicherheit für ihn von erheblicher Bedeutung sein, da beim TDG die Haftungsfreistellung greift, beim MDStV nicht.¹⁷⁴ Ob dieser Kompetenzkonflikt gelöst werden kann, ist unklar.¹⁷⁵ Desweiteren fehlt sowohl im TDG als auch im MDStV eine Regelung für Hyperlinks, was sich ebenfalls auf die Haftung auswirkt.¹⁷⁶

Um zumindest einige der auftretenden Probleme zu lösen, war ein neues Telemediengesetz geplant,¹⁷⁷ das eine genaue

170 Vgl. oben S. 18 f.

171 *Kommissionsvorschlag Fernsehen*, S.3 ff.

Kritisch hierzu http://www.bitkom.org/Default_35279.aspx [20.12.05].

172 Hierunter fallen dann u.U. auch Internetangebote, vgl. *Kommissionsvorschlag Fernsehen*, S.3 u. 6.

173 *Schmitz/Dierking*, CR 05, 420 [421].

174 *Hoeren*, S. 355.

175 *Hoeren*, S. 355, *Schmitz/Dierking*, CR 05, 420 [421] m.w.N.

176 Vgl. hierzu *Schmitz/Dierking*, CR 05, 420 [427 f.].

Vgl. auch das Verfahren gegen den Heise-Verlag, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/62225> [20.12.05].

177 Grundlage der folgenden Ausführungen ist das *Arbeitsdokument Anhörung*, vgl. Literaturverzeichnis, Internetquellen.

Unterscheidung zwischen Telediensten und Mediendiensten hinfällig machen würde,¹⁷⁸ zumindest was die Haftungsfragen betrifft.¹⁷⁹ Auch wenn das Vorhaben durch die Neuwahl zurückgeworfen wurde,¹⁸⁰ ist mit einem entsprechenden Gesetz früher oder später zu rechnen.

Kritisch muss im Zusammenhang mit dem vorliegenden Entwurf darauf hingewiesen werden, dass die Regelungen zur Verantwortlichkeit unverändert übernommen werden sollen.¹⁸¹ Probleme, soweit sie nicht auf die Gesetzgebungskompetenz zurückzuführen sind, bleiben also bestehen (z.B. Hyperlinks, Zu-Eigen-Machen).¹⁸² Auch ist ein Absenken der Anforderungen an den Datenschutz kritisch zu sehen.¹⁸³

Alles in allem stellt ein einheitliches Gesetz zur Regelung der Tele- und Mediendienste jedoch eine zu begrüßende Möglichkeit dar, bestehende Probleme zu minimieren. Die genaue Ausgestaltung ist jedoch noch offen und dürfte auch in Zukunft zur Diskussion einladen.

178 In § 1 I 1 TMG-E wird nur zur reinen Telekommunikation iSd. § 3 Nr. 22 TKG und zum Rundfunk abgegrenzt.

Vgl. insoweit *Arbeitsdokument Anhörung*, S. 13, wonach der MDStV aufgehoben werden soll.

179 Inhaltliche Anforderungen ergeben sich immer noch aus den Staatsverträgen, vgl. § 1 IV TMG-E. Ausführungen zur Verantwortlichkeit finden sich in §§ 7 ff. TMG-E.

180 Diskontinuitätsgrundsatz.

181 Vgl. *Arbeitsdokument Anhörung*, S. 16.

182 Vgl. insoweit jeweils die Folgerungen bei *Schmitz/Dierking*, CR 05, 420 ff. sowie die *BITKOM-Stellungnahme*, S. 3 f.

183 Vgl. *Nutzerforderungen*, S. 56 ff., anders *BITKOM-Stellungnahme*, S. 5 f.