K&R Heft 8 August 1998

Kommunikation & Recht

Das Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz

Ein Jahr im Rückblick: Rechtsrahmen des Bundes für die Informationsgesellschaft

Von Professor Dr. Georgios Gounalakis und Lars Rhode, Marburg*

Vor einem Jahr, am 1. August 1997, trat parallel zum Mediendienste-Staatsvertrag der Länder (MDStV) das Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz des Bundes (IuKDG) in Kraft. Auch heute ist das Gesetz nach wie vor in wesentlichen Punkten unklar oder wenigstens problematisch. Der nachfolgende Beitrag nimmt dies zum Anlaß, die Regelungsinhalte noch einmal einer grundlegenden Betrachtung zu unterziehen und vor allem dem Rechtsanwender aktuelle Erläuterungen und Lösungsvorschläge an die Hand zu geben.

I. Einleitung

Im IuKDG[1], einem Artikelgesetz, spiegelt sich die seinerzeit in äußerst kontrovers und nicht immer frei von Aufgeregtheiten geführten Diskussionen über den Regulierungsbedarf[2] neuer medialer Erscheinungsformen (Internet, Video On Demand, Data Broadcasting oder Teleshopping) aufgeworfene Frage wider, wieviel Regelung zur Sicherstellung ordnungspolitischer Grundwerte erforderlich, aber zur Erhaltung wirtschaftlich-dynamischer Entwicklungsoffenheit der Dienste noch verkraftbar ist[3]. So will dieses bemerkenswert zügig in Form gegossene Gesetz den mannigfaltigen Informations- und Kommunikationsdiensten eine verläßliche Rechtsgrundlage sein[4], indem es Rechtsunsicherheiten zu beseitigen versucht[5] und klare Rahmenbedingungen anstrebt[6], wie dies auch in der Zweckbestimmung des § 1 Teledienstegesetz (TDG – Art. 1 IuKDG) zum Ausdruck gebracht wird. Neben jenen intendierten Impulsen für ein Wirtschaftswachstum[7] bemüht sich das Gesez aber andererseits auch um einen Ausgleich zwischen freiem Wettbewerb und hierzu oftmals in Widerstreit stehenden Nutzerbedürfnissen bzw. öffentlichen Ordnungsinteressen[8]. Damit entspricht das IuKDG zumindest in seiner Zielsetzung den Forderungen nach einem liberalen Medienmarkt, der dennoch individuelle wie öffentliche Rechtspositionen im Mindestmaß zu schützen vermag[9].

Da mit den meisten Vorschriften rechtliches Neuland betreten wurde, sieht man das IuKDG als Gesetz experimentellen Charakters[10], das den Bereich neuer Medien nicht ein für allemal abschließend geregelt haben will[11]. Die beträchtlichen Wachstumspotentiale in der Multimedia-Branche[12], die schon heute zu den weltgrößten Wirtschaftszweigen gezählt werden muß[13], erzeugten einen Regulierungsdruck[14], unter dessen Last das IuKDG eilig zu erarbeiten war. Da Regelungen rasch zu treffen oftmals besser ist, als eine schnell vor-

---

* Auf S. VIII werden die Autoren näher vorgestellt.

1 Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste (Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz – IuKDG) v. 22. 7. 1997, BGBl I, 1870. Abrufbar im Internet unter http://www.iukdg.de oder http://www.iid.de/rahmen/iukdg.html (Stand: 12. 11. 1997). Vgl. auch die erste umfassende Kommentierung des Gesetzes von *Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn,* Neue gesetzliche Rahmenbedingungen für Multimedia, 1. Aufl. Heidelberg 1997.

2 Zur Diskussion des Regulierungsbedarfs neuer Dienste siehe *Eberle*, in: *Prinz/Peters*, Festschrift für Engelschall, 1996, 153 ff.; *Hoffmann-Riem*, AfP 1996, 9 ff., insb. 15; *Holznagel*, ZUM 1996, 16 ff.; *ders.*, ZUM 1996, 864 ff.; *Ladeur*, ZUM 1997, 372 ff., insb. 375 ff.; *Pieper/Wiechmann*, ZUM 1995, 82 ff., insb. 93 ff.; *Scherer*, AfP 1996, 213 ff.; *Schrape*, Digitales Fernsehen, 1995, 123 ff.; *Wallraf*, AfP 1996, 41 ff.; *ders.*, AfP 1996, 260 ff.

3 Vgl. nur den Bericht der *Bundesregierung* „Info 2000", BR-Dr 140/96, 63.

4 Regierungsvorlage zum IuKDG, BR-Dr 966/96, 18 = ZRP 1997, 124; ferner *Bröhl*, CR 1997, 73, 74.

5 *Engel-Flechsig*, ZUM 1997, 231, 233; vgl. ferner den Entschließungsantrag der Fraktionen *CDU/CSU* und *FDP*, BT-Dr 13/7935, 1.

6 MdB *Mayer (CDU/CSU)*, BT-Prot. 13/182, 16347; *Rüttgers*, ebda., 16357.

7 So auch die Vertreter der *CDU/CSU*-Fraktion im Technologieausschuß, BT-Dr 13/7934, 38.

8 Regierungsvorlage zum IuKDG, BR-Dr 966/96, 18 = ZRP 1997, 124.

9 Ebenso die Zielsetzung des MDStV, vgl. *Gounalakis*, NJW 1997, 2993. Dieser angestrebte Ausgleich zwischen wirtschaftlichem Liberalismus und ordnungspolitischen Sicherungen liegt auch weitestgehend auf der Linie des neuen US-amerikanischen Telecommunications Act, vgl. *Kröger/Moos*, ZUM 1997, 462, 464; *Wemmer*, AfP 1996, 241, 245.

10 Ausdrücklich die Fraktionen der *CDU/CSU* und *FDP* in ihrem angenommenen Entschließungsantrag, BT-Dr 13/7935, 2; ferner die Vertreter der *FDP*-Fraktion im Technologieausschuß, BT-Dr 13/7934, 38, sowie die MdB *Laermann (FDP)* und *Friedrich (CDU/CSU)*, BT-Prot. 13/182, 16353 bzw. 16363.

11 *Bröhl*, CR 1997, 73, 74. Ganz in diesem Sinne auch Nummer 3 der gemeinsamen Protokollerklärung aller Bundesländer zum MDStV, abgedr. mit dem StV in den GVBl der Länder, so beispielsweise in Berlin GVBl 1997, 367.

12 Regierungsvorlage zum IuKDG, BR-Dr 966/96, 18 = ZRP 1997, 124; ferner MdL *Bouffier (CDU)*, Hessen LT-Prot. 14/65, 3872; vgl. den Bericht der *Bundesregierung* „Info 2000", BR-Dr 140/96, 53; Begründung zum MDStV, Hamburg BüScha-Dr 15/7276, 11. Eingehend *Goedhart/Künstner*, in: *Booz, Allen & Hamilton*, Zukunft Multimedia, 3. Aufl., Frankfurt/Main 1996, 29 ff., insb. 47.

13 Regierungsvorlage zum IuKDG, BR-Dr 966/96, 18 = ZRP 1997, 124; Begründung zum MDStV, Hamburg BüScha-Dr 15/7276, 11.

14 S. hierzu *Gummig*, ZUM 1996, 573, 575.

anschreitende Entwicklung ungelenkt sich selbst zu überlassen[15], wären einzelne Unbedachtheiten diesem Normwerk nachzusehen. Doch sind es bemerkenswerterweise gerade die mühselig ausgearbeiteten Kompromisse zwischen Bund und Ländern, welche die entscheidende Schwachstelle des aus 11 Artikeln bestehenden IuKDG begründen[16].

II. Einordnung in den medienrechtlichen Regelungskontext

Als äußerst problematisch stellt sich noch immer das Verhältnis des IuKDG zu anderen Normwerken dar. Insbesondere weist es einen engen Zusammenhang mit dem MDStV[17] auf. Während der MDStV nach seinem § 2 Abs. 1 an die Allgemeinheit adressierte und damit rundfunkähnliche Informations- und Kommunikationsdienste (Mediendienste) erfassen will, stellt das IuKDG gemäß Artikel 1 § 2 Abs. 1 in seinen wesentlichen Punkten gerade auf die individuell nutzbaren und ausgestalteten Angebote (Teledienste) ab. Zwischen diesen beiden Anwendungsbereichen ist also eine einzelfallbezogene Auf- und Zuteilung der neuen Dienste nach ihrem Empfängerkreis vorzunehmen[18]. Abgrenzungen erscheinen ferner notwendig zwischen dem MDStV und dem RStV[19], da der Mediendienste-Staatsvertrag rundfunkähnliche Dienste betrifft, denen aber das rundfunktypische Kriterium der „Darbietung" fehlt und die insoweit kein Medium und Faktor der öffentlichen Meinungsbildung von gewichtiger Bedeutung sind[20]. Im Bereich elektronischer Medien ergibt sich damit eine nach Meinungsrelevanz und Empfängerkreis abgestufte Regelungstrias aus RStV[21], MDStV und IuKDG (bzw. TDG, TDDSG), das gleichsam die individualkommunikative Flanke bildet. Auch werden das IuKDG und das Telekommunikationsgesetz (TKG) in ihrem gegenseitigen Verhältnis zu berücksichtigen sein: Das IuKDG regelt die Nutzung der mittels Telekommunikation übertragenen *Inhalte*, während das TKG die Telekommunikation selbst[22], also in ihrer rein *technischen* Transmitterfunktion zum Gegenstand hat. Denn zur Telekommunikation gehören ausschließlich die technischen Voraussetzungen und Abläufe[23], mithin die Übertragung bereits fertiggestellter Signale[24]. Von daher gilt das IuKDG nicht für Telekommunikationsdienstleistungen (Art. 1 § 2 Abs. 4 Nr. 1).

Kaum Beachtung braucht man bei der Anwendung des IuKDG den landespresserechtlichen Vorschriften zu schenken, die Artikel 1 § 2 Abs. 5 für unberührt erklärt. Da dem Pressebegriff nach wie vor das Verständnis von drucktechnisch hergestellten und demgemäß verkörperten Informationen zugrunde liegt[25], dürften sich nicht allzu viele Überschneidungen ergeben. Eine Erörterung des Btx-StV wäre obsolet, weil dieser durch den MDStV außer Kraft gesetzt[26] und für neue Online-Dienste fortgeschrieben wurde[27].

III. Kompetenzrechtliche Problematik

Die im IuKDG geregelten und somit vom Bund beanspruchten Rechtsmaterien betreffen vornehmlich die konkurrierende Gesetzgebung, wobei die kompetenzrechtliche Zuordnung der zu regulierenden Lebenssachverhalte in den meisten Fällen als unproblematisch angesehen werden mußte und demgemäß zutreffend erfolgte:

- Die Regelung datenschutzrechtlicher Vorschriften im TDDSG (Art. 2 IuKDG) konnte über den Kompetenztitel „Recht der Wirtschaft", Artikel 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, vorgenommen werden[28].
- Für den Erlaß des SigG (Art. 3 IuKDG) durfte aufgrund der Wirtschaftsbezogenheit dieser Vorschriften im Rechts- und Geschäftsverkehr Artikel 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ebenso herangezogen werden[29].
- Anpassung des Strafrechts (Art. 4 IuKDG) gemäß Artikel 74 Abs. 1 Nr. 1 GG, welcher über seinen Wortlaut hinaus auch für das Ordnungswidrigkeitenrecht (Art. 5 IuKDG) gilt[30].
- Änderung des Gesetzes über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften – GjS – (Art. 6 IuKDG) auf Grundlage des Artikels 74 Abs. 1 Nr. 7 GG, da der Jugendschutz zur öffentlichen Fürsorge gehört[31].
- Novellierungen im Urheberrechtsgesetz (Art. 7 IuKDG) nach Artikel 73 Nr. 9 GG.
- Änderungen des Preisangabengesetzes und der Preisangabenverordnung (Art. 8 und 9 IuKDG) dienen dem Verbraucherschutz und sind somit Wirtschaftsrecht i. S. d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG[32].

Als äußerst schwierig erwies sich jedoch die Frage, worauf der Bund seine Kompetenz zur Rechtsetzung im Bereich individuell ausgestalteter Dienste stützen kann. Die-

15 Auf die ansonsten drohende Gefahr einer Fehlentwicklung und kaum korrigierbarer Schäden wies bereits *Hoffmann-Riem*, AfP 1996, 9, 15, hin.
16 Näher hierzu unter IV.
17 Eingehend zum MDStV *Gounalakis*, NJW 1997, 2993 ff.; ferner *Engel-Flechsig*, ZUM 1997, 231 ff., insb. 237 ff.; *Kröger/Moos*, ZUM 1997, 462 ff.; *dies.*, AfP 1997, 675 ff.; *Kuch*, ZUM 1997, 225 ff.
18 S. unten IV.
19 Dazu *Gounalakis*, NJW 1997, 2993, 2994; *Hochstein*, NJW 1997, 2977, 2979 f.; *Kröger/Moos*, ZUM 1997, 462, 465.
20 So die Begründung zum MDStV, Hamburg BüScha-Dr 15/7276, 12.
21 Zu beachten sind hier freilich auch der ARD-StV, ZDF-StV sowie die Rundfunkgebühren- und Rundfunkfinanzierungsstaatsverträge, ferner die landesrechtlichen Gesetze zum öffentlich-rechtlichen und zum privaten Rundfunk.
22 Regierungsvorlage zum IuKDG, BR-Dr 966/96, 19 = ZRP 1997, 124, 125.
23 So das *BVerfG* in seinem „Ersten Rundfunkurteil", E 12, 205, 227.
24 *Bartosch*, CR 1997, 517, 520.
25 Vgl. *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Stand: 30. Lieferung, 1993, Art. 5 I, II, Rdnrn. 129 ff. Hieran ändern auch begriffskosmetische Wortschöpfungen wie „elektronische Presse" nichts; ganz in diesem Sinne *Scherer*, AfP 1996, 213, 214. Anders wohl *Bullinger*, AfP 1996, 1, 3.
26 § 23 Abs. 3 MDStV.
27 Mitteilung des *Hamburger Senats* zum MDStV, Hamburg BüScha-Dr 15/7276, 1.
28 *Bröhl*, CR 1997, 73, 74; *Engel-Flechsig*, ZUM 1997, 231, 233. Dies gilt jedenfalls insoweit, als es sich um Datenschutz in der Wirtschaft handelt, *Maunz*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 25), Art. 74 Rdnr. 133. Anders als bei der kompetenzrechtlichen Stützung des Art. 1 IuKDG auf diesen Titel sind hier wohl kaum Zweifel angebracht. Ansonsten ließe sich auch Artikel 74 Abs. 1 Nr. 1 GG („das bürgerliche Recht") heranziehen, vgl. *Maunz*, ebda., Rdnr. 61.
29 *Röger*, ZRP 1997, 203, 207, der zugleich aber zutreffend darauf hinweist, daß ebenso Artikel 74 Abs. 1 Nr. 1 GG als Kompetenzgrundlage hätte dienen können, da hier zivilrechtliche Materien aus dem Bereich der Willenserklärungen geregelt werden.
30 BVerfGE 27, 18, 32 f.; 29, 11, 16; 31, 141, 144; BGHSt 38, 138, 142.
31 BVerfGE 31, 113, 117; BVerwGE 19, 94, 96; 23, 112, 113; 85, 169, 176.
32 *Maunz*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 25), Art. 74 Rdnr. 133; Regierungsvorlage zum IuKDG, BR-Dr 966/96, 19.

se Unklarheiten im Gesetzgebungsverfahren haben noch immer Folgen für die Abgrenzung des IuKDG zu anderen Gesetzen (dazu unten). Artikel 1 IuKDG (TDG) regelt in erster Linie die Zugangsfreiheit für Teledienste sowie deren Verantwortlichkeit für übermittelte Inhalte und die Pflicht zur Anbieterkennzeichnung. Das Recht der Telekommunikation nach Artikel 73 Nr. 7 GG schied als Kompetenztitel aus, da – wie bereits oben ausgeführt – unter den Telekommunikationsbegriff und damit unter die ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes nur die technische Seite des Übermittlungsvorgangs fällt[33], Artikel 1 IuKDG aber gerade inhaltsbezogene Regelungen trifft. Auch allein aus der Tatsache heraus, daß den Ländern die ordnungspolitische Regulierung und Überwachung der Massenmedien, insbesondere des Rundfunks, obliegt, kann mit dem Umkehrschluß, es müsse die inhaltliche Regelung der Individualkommunikation dagegen dem Bund zustehen, für diesen kein Kompetenzanspruch begründet werden[34]. Ergibt vielmehr ein Abgleich der normierten Kompetenzkataloge, daß für den Bund von Verfassungs wegen keine Gesetzgebungskompetenz ausgewiesen ist, so muß die Regelung der in Rede stehenden Rechtsmaterie nach der Zuständigkeitsvermutung gemäß Artikel 70 GG den Ländern vorbehalten bleiben. Insoweit muteten die – letztlich erfolgreichen – Bemühungen des Bundes, die Regulierung individualkommunikativer Dienste unter das Recht der Wirtschaft nach Artikel 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zu subsumieren, besitzstandsheischend an. Begründet hat der Bund seinen diesbezüglichen Anspruch damit, daß die Normen des TDG das Wirtschaftsleben im Bereich der Kommunikationsdienste erfassen[35]. Natürlich regeln sie dieses *auch*. Entscheidend muß aber doch die Frage sein, in welchem kompetentiellen Bereich der Schwerpunkt liegt. Dieser kann kaum dort ausgemacht werden, wo bestimmte Lebenssachverhalte mit einer Regelung eben nur *auch* berührt oder allenfalls gestreift werden[36]. Denn der Inhalt der Kompetenznorm muß unmittelbarer und nicht nur mittelbarer Gegenstand der Regelung sein[37]. Artikel 74 Abs. 1 Nr. 11 GG tritt daher zurück, wenn und soweit ein stärkerer Sachzusammenhang zur Gesetzgebungskompetenz der Länder besteht[38]. Unmittelbarer Gegenstand und demnach auch Schwerpunkt der Regelungen im Bereich neuer Dienste sind aber Information und Kommunikation[39], also das, was Artikel 5 Abs. 1 S. 1 GG wesensmäßig ausmacht. Sicherlich besteht an einer verläßlichen und dezidierten Festlegung von Rechten wie Pflichten auch ein wirtschaftliches Interesse der Anbieter. Doch will das TDG ebenso dem zumeist nicht wirtschaftlich agierenden Nutzer Rechtssicherheit gewähren[40]. Eine Zuständigkeit des Bundes für Artikel 1 IuKDG läßt sich aus Artikel 74 Abs. 1 Nr. 11 GG somit schwerlich ableiten[41].

Daher verwundert es wenig, daß Bund und Länder lange um eine sach- oder besser: eine ihren Interessen gerechte Aufteilung der Regelungsmaterien gerungen haben[42], bevor eine Einigung erzielt wurde[43]. Da sich ein tatsächlicher Regelungsanspruch des Bundes der Verfassung nicht eindeutig entnehmen läßt, mußte in den kompromißorientierten[44] Beratungen vielfach über umstrittene „Grauzonen"[45] verhandelt werden, wozu insbesondere Teleshopping und Videotext zählten[46]. Die gegenseitigen Zugeständnisse waren insofern bedenklich, als die Kompetenzen im GG festgelegt und damit nicht verhandelbar sind[47]; möglich war allenfalls eine Verständigung über die einvernehmliche Auslegung der Titel und ihrer Tatbestandsvoraussetzungen[48].

Unter dem Eindruck einer Zersplitterung von Zuständigkeiten und bevorstehender Unsicherheiten für Rechtsanwender wie Anbieter wurden immer wieder Vorstöße zugunsten eines einheitlichen Rechtsetzungsakts gewagt[49]: Mal stand ein Bund-Länder-Staatsvertrag zur Diskussion[50]; anderenorts wurde ein einheitliches Bundesgesetz[51] oder Medienordnungsrecht „aus einem Guß"[52] verfochten. Gegenstand der Erörterungen waren ebenso eine Grundgesetzänderung (Art. 75 GG), die dem Bund eine Rahmenkompetenz für das Multimedia-Recht zugeschrieben und den Ländern die ausfüllende Medienkompetenz überlassen hätte[53], wie auch eine Ausweitung der Gemeinschaftsaufgaben des Bundes und der Länder nach Artikel 91 a und b GG, der fortan Ausgestaltung und Ordnung des Kommunikationswesens angehören sollte[54]. Jedenfalls hätte nur ein schwerpunktmäßiges Tätigwerden

33 S. oben II m.entspr.Nachw.; ferner *Maunz*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 25), Art. 73 Rdnr. 128; *Röger*, ZRP 1997, 203, 204 m. w. Nachw.; *Schulz*, ZUM 1996, 487, 495.

34 *Schulz*, ZUM 1996, 487, 495.

35 Vgl. *Röger*, ZRP 1997, 203, 207; ferner *Gersdorf*, Engelschall-FS (o. Fußn. 2), 163, 165.

36 Ganz ähnlich *Röger*, ZRP 1997, 203, 208.

37 So das *BVerfG* in st. Rspr.: E 8, 104, 116 ff.; 8, 143, 150; 9, 185, 190; 13, 181, 196; 28, 119, 149.

38 *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 4. Aufl., 1997, Art. 74 Rdnr. 24.

39 Vgl. *Röger*, ZRP 1997, 203, 208.

40 Regierungsvorlage zum IuKDG, BR-Dr 966/96, 18 = ZRP 1997, 124; angenommener Entschließungsantrag der Fraktionen *CDU/CSU* und *FDP*, BT-Dr 13/7935, 1. Deutlicher dagegen die Begründung zum MDStV, Hamburg BüScha-Dr 15/7276, 11: „Partizipationsmöglichkeiten aller Bürgerinnen und Bürger an den Chancen sind daher ebenso anzustreben wie Gefahren für die Privatsphäre und Persönlichkeitsrechte des Einzelnen zu vermeiden sind."

41 Ebenso die Fraktion *Bündnis 90/Die Grünen* in ihrem Entschließungsantrag, BT-Dr 13/7937, 2. Kritisch insoweit auch *Gersdorf*, Engelschall-FS (Fn. 2), 163, 174. *Bullinger/Mestmäcker* kamen hingegen zu dem Ergebnis, daß die Regulierung der Multimedia-Dienste Sache des Bundes sei, in: Multimediadienste, Rechtsgutachten, Mai 1996, 4. Abschn. Nr. 5.

42 Vgl. auch *Knothe*, AfP 1997, 494: „Gutachten pflasterten ihren Weg".

43 S. die Bund-Länder-Gespräche zu Multimedia v. 1. 7. 1996 und 18. 12. 1996. Die Meinungsverschiedenheiten zwischen den einzelnen Fraktionen im *Bundestag* waren dagegen von geringerer Relevanz, vgl. MdB *Friedrich (CDU/CSU)*, BT-Prot. 13/182, 16363; ebenso die Einschätzung von Vertretern der *CDU/CSU*-Fraktion im Technologieausschuß, BT-Dr 13/7934, 38.

44 *Gounalakis*, NJW 1997, 2993, 2994. Die notwendigen Regelungen wollte man nicht an unterschiedlichen Auffassungen in der Kompetenzfrage scheitern lassen: so ausdrücklich die Länder in Nummer 1 ihrer gemeinsamen Protokollerklärung zum MDStV, abgedruckt mit dem StV in den GVBl der Länder, beispielsweise Berlin GVBl 1997, 367; ferner *Bröhl*, CR 1997, 73, 74.

45 Bericht in AfP 1996, 369, 370.

46 Berichte in AfP 1996, 263 und 369 f.; ZRP 1997, 172.

47 *Gounalakis*, NJW 1997, 2993, 2994; *Röger*, ZRP 1997, 203, 209.

48 *Röger*, ZRP 1997, 203, 209.

49 Dies gerade unter dem Gesichtspunkt des weiteren Zusammenwachsens der Medien, vgl. MdB *Barnett (SPD)*, BT-Prot. 13/182, 16349.

50 Vgl. hierzu *Knothe*, AfP 1997, 494, 495; *Kröger/Moos*, ZUM 1997, 462 Fußn. 3; *dies.*, AfP 1997, 675, 676 Fußn. 6, unter Bezugnahme auf *Wallraf*, AfP 1996, 260, 261 f.

51 So der Sachverständige im Technologieausschuß *Neus*, BT-Dr 13/7934, 33.

52 *Glotz/Thomas*, zit. nach *Knothe*, AfP 1997, 494, 498.

53 MdB *Kiper (Bündnis 90/Die Grünen)*, BT-Prot. 13/182, 16351, ganz im Einklang mit seiner Fraktion; s. deren Entschließungsantrag, BT-Dr 13/7937, 2.

54 In diesem Sinne die Sachverständige im Technologieausschuß *Pieper*, BT-Dr 13/7934, 33; s. zu diesen Forderungen auch *Knothe*, AfP 1997, 494, 498 m. w. Nachw. Dagegen *Hochstein*, NJW 1997, 2977, 2981.

des Bundes *oder* der Länder[55] bzw. ein gemeinsames Vorgehen mit *einem* Regelwerk für Rechtssicherheit gesorgt. Die legislativ vorgenommene unnatürliche Aufspaltung in MDStV und IuKDG führt gerade jetzt, da sich beide Gesetze zunehmend in der Praxis zu bewähren haben, zu einer äußerst diffizilen Abschichtung der Anwendungsbereiche, die es gerade zu vermeiden galt.

IV. Anwendungsbereich und Abgrenzung zum MDStV

Einschlägig wird die Frage der Abgrenzung vor allem bei Artikel 1 und 2 des IuKDG, doch betrifft sie auch Artikel 6. Nach § 2 Abs. 1 TDG (Art. 1 IuKDG) umfaßt der Geltungsbereich des TDG alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, die für eine *individuelle* Nutzung von kombinierbaren Daten (Zeichen, Bilder, Töne) bestimmt sind und denen eine Übermittlung mittels Telekommunikation zugrunde liegt (Teledienste)[56]. Das TDDSG (Art. 2 IuKDG) schließt sich mit seinem § 1 Abs. 1 diesem Geltungsbereich an. Eine ähnliche Dependenz sieht das GjS-Änderungsgesetz (Art. 6 IuKDG) in Nummer 2 vor, wenn es vom erweiterten Schriftenbegriff i. S. d. § 1 GjS solche Dienste ausnimmt, die sich nach dem MDStV und dessen eigenen jugendschutzrechtlichen Bestimmungen zu richten haben. Damit ist § 2 TDG zentrale Vorschrift und „Gelenkstelle"[57] für die Abgrenzung zum MDStV, der in seinem § 2 ebenfalls den Anwendungsbereich definiert: Danach gilt der Staatsvertrag für das Angebot und die Nutzung von an die *Allgemeinheit* gerichteten Informations- und Kommunikationsdiensten (Mediendienste) in Text, Ton oder Bild, die unter Benutzung elektromagnetischer Schwingungen ohne Verbindungsleitung oder längs oder mittels eines Leiters verbreitet werden[58]. Weiterhin enthalten sowohl § 2 Abs. 2 MDStV als auch § 2 Abs. 2 TDG enumerativ aufgeführte und nicht abschließend verstandene Beispiele[59] der dem jeweiligen Regelungswerk zwingend zuzuordnenden Dienste. Im Fall des TDG sind dies etwa Telebanking oder individueller Datenaustausch (Nr. 1), Angebote zur Nutzung des Internets (Nr. 3) und von Telespielen (Nr. 4). Der MDStV will dagegen sämtliche Verteildienste erfassen (Fernseheinkauf, Textdienste), Abrufdienste jedoch nur, soweit nicht individueller Leistungsaustausch oder reine Datenübermittlung im Vordergrund stehen[60]. Im Rahmen der Zuordnung eines einzelnen Angebots empfiehlt es sich daher, zunächst die jeweiligen Positivkataloge heranzuziehen, um im Fall einer nicht eindeutigen Subsumtion jene sodann über die abstrakt abgefaßten Absätze 1 vorzunehmen[61]. In ebendiesen läuft es also auf die bereits aufgezeigte Unterscheidung zwischen Allgemein- und Individualnutzung bzw. –adressierung[62] hinaus, in der sich auch die unscharfe Trennlinie zwischen Bund- und Länderkompetenzen wiederfindet[63].

Um diese Grenze nicht völlig zerfließen zu lassen, ist eine einschränkende Auslegung der „individuellen Nutzung" geboten, da sonst in jedem an die Allgemeinheit gerichteten Angebot zugleich auch ein solches erblickt werden müßte, das der Anwender individuell nutzt (allein schon durch das Abrufen oder Einschalten per Mausklick). Insofern ist darauf abzustellen, ob sich das Angebot an den einzelnen Empfänger zur Individualkommunikation oder an die Allgemeinheit richtet.

1. Rollenwechsel

Dabei wird man unter Allgemeinadressierung die Ausrichtung an eine beliebige Öffentlichkeit[64] und somit an einen unbegrenzten und personell nicht definierbaren Empfängerkreis verstehen müssen, in dem der Informationsaustausch einseitig oder doch wenigstens nur mit einfachem Rollenwechsel zwischen Kommunikator und Rezipienten verläuft[65]. Damit verbleibt für die Individualkommunikation nur der mindestens *doppelte* Rollenwechsel im Sinne eines Dialogs nach weiterem Verständnis[66]. Doppelt muß dieser Rollenwechsel insofern sein, als sonst das Abrufen eines Spielfilms im On-Demand-System (erster kommunikativer Akt) und dessen daraufhin erfolgende Versendung (zweiter kommunikativer Akt) schon Individualkommunikation wäre, was unter Zugrundelegung der herkömmlichen, gesellschaftsüblichen Auffassung doch äußerst befremdlich erschiene. Von daher ist ein weiterer reflexiver Akt vonnöten, der einen unmittelbaren inhaltlichen Bezug zur Anwort des Empfängers aufweist (Rückantwort). Dies wird man beispielsweise im Fall des Telebanking zu bejahen haben: Der Nutzer ruft das Bankangebot auf (1), die Dienstleistung wird an ihn gesandt

55 *Gounalakis*, NJW 1997, 2993, 2994 f.

56 Darunter sollen auch die firmeninternen Netze, sog. „Intranets", fallen. Kritik hieran von MdB *Kiper (Bündnis 90/Die Grünen)*, BT-Prot. 13/182, 16351 und 16353, sowie vom Sachverständigen im Technologieausschuß *Neus*, BT-Dr 13/7934, 33. Allerdings wird man mit MdB *Laermann (FDP)*, BT-Prot. 13/182, 16353, dem Gesetz zugestehen müssen, daß angesichts großer Netzverflechtungen insbesondere fusionierender Konzerne der Daten- und Jugendschutz innerhalb der Intranets nicht ausgeklammert werden darf. Begrüßenswert aber der vom *Bundestag* angenommene Entschließungsantrag der Fraktionen *CDU/CSU* und *FDP*, nach dem die wirtschaftliche Praktikabilität dieser Einbeziehung kontrolliert werden soll, BT-Dr 13/7935, 4.

57 *Engel-Flechsig*, ZUM 1997, 231, 234.

58 Schon im Wortlaut dieser Norm wird die Rundfunkähnlichkeit der Mediendienste deutlich, denen es im Gegensatz zum Rundfunk aber am Merkmal der „Darbietung" mangelt; vgl. die einfachgesetzlichen Rundfunkdefinitionen in Artikel 1 RGebStV, abgedr. u. a. in Baden-Württemberg GBl 1975, 234, und § 1 Abs. 2 Nr. 1 LMedienG Baden-Württemberg, abgedr. in GBl 1985, 539. Während der MDStV auf die dem Rundfunk zugrunde liegende Verbreitungstechnik Bezug nimmt, stellt das TDG auf die Übermittlung durch Telekommunikation ab. Entgegen dem differenten Wortlaut ist aber in beiden Fällen technisch dieselbe, nämlich elektronische Inhaltsübermittlung gemeint.

59 Vgl. die Begründungen zum MDStV, Hamburg BüScha-Dr 15/7276, 12, sowie zum IuKDG, Regierungsvorlage, BR-Dr 966/96, 20.

60 Wenn *Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn*, NJW 1997, 2981, 2983, unter Rückgriff auf § 2 Abs. 4 Nr. 3 TDG davon ausgehen, daß bei der Abgrenzung die „redaktionelle Gestaltung zur Meinungsbildung" (nur dann MDStV) eines Angebots über die Zuordnung entscheidet, ist dies unzutreffend, da der MDStV gemäß seinem § 2 Abs. 2 Nr. 2 auch Verteildienste erfassen will, die reine Meßergebnisse verbreiten, bei denen sich eine redaktionelle Gestaltung zur *Meinungsbildung* also vernünftigerweise nicht mehr annehmen läßt; s. auch die Begründung zum MDStV, Hamburg BüScha-Dr 15/7276, 12. Vielmehr zeigt sich in § 2 Abs. 4 Nr. 3 TDG, § 2 Abs. 2 Nr. 2 MDStV die Widersprüchlichkeit dieser Gesetze und die Schwierigkeit der Abgrenzung. Näheres dazu unter IV 2, 3.

61 *Gounalakis*, NJW 1997, 2993, 2994; ähnlich *Engel-Flechsig*, ZUM 1997, 231, 238.

62 Zu den unterschiedlichen Perspektiven der Nutzung bzw. Adressierung s. *Kröger/Moos*, ZUM 1997, 462, 466; *dies.*, AfP 1997, 675, 676.

63 *Kröger/Moos*, ZUM 1997, 462, 466.

64 *Hoffmann-Riem*, AfP 1996, 9, 10.

65 *Schulz*, ZUM 1996, 487, 489 m. w. Nachw., unter Rückgriff auf die in der Kommunikationswissenschaft maßgebliche *Maletzkesche* Definition.

66 *Schulz*, ZUM 1996, 487, 489.

und auf seinem Bildschirm visualisiert (2), woraufhin er weitere Dispositionen (3) vornehmen kann (Abrufen des Kontostands, Buchungen)[67]. Sofern der letzte Kommunikationsvorgang unterbleibt oder die Verbindung schon vorher abgebrochen wird, ist dies unschädlich, da es nur auf eine potentielle Rückantwort ankommen kann, also darauf, daß bei dem konkreten Angebot ein Dialog zumindest (technisch) möglich ist.

2. Individualisierung

Nun mag man im Fall des On-Demand-Empfangs berechtigterweise einwenden, häufig erfolge ein weiterer Kommunikationsvorgang (etwa Abrufen weiterer Sendungen). Es kann auf den doppelten Rollenwechsel also nicht ausschließlich ankommen. Vielmehr muß als zusätzliches Kriterium für die Individualkommunikation der Kommunikator seine Empfänger noch individuell „vor Augen"[68] haben oder doch zumindest ohne erheblichen Aufwand individualisieren können. Dies ist beim Telebanking gegeben, da hier regelmäßig registrierte Bankkunden den Service in Anspruch nehmen werden. Ebenso trifft es auf Abruf-Systeme zu, soweit der Anbieter seinen Nutzer als Individuum, sei es auch unter einem Pseudonym, erkennen könnte. Problematisch aber wird es, wenn ein Abrufdienst ohne Kundenkartei oder Access-Code arbeitet, etwa weil kein Entgelt erhoben wird, und von daher auch keine Individualisierungsmöglichkeit besteht, der ganze kommunikative Ablauf aber eher einem individuellen Informationsaustausch entspricht. Gerade im Bereich dieser neuen Medien, die durch ambivalente Eigenschaften gekennzeichnet sind, können sich erhebliche Unschärfen einstellen, wie es *Kröger/Moos* für zahlreiche Angebote nachgewiesen haben[69]. Fraglich also ist, welchem Regelwerk jene zwitterartigen Dienste[70] zu unterwerfen sind, die augenscheinlich unter beide Gesetze fallen.

3. Zweifelsfälle

Zur Vermeidung einer solchen Perplexität sind grundsätzlich zwei Standpunkte denkbar: Entweder man teilt die Angebote im Zweifelsfall der Bundesregelung oder aber dem Länderstaatsvertrag zu. Eine bundesfreundliche Lösung ist erst ansatzweise artikuliert und auf Artikel 31 GG gestützt worden[71], wonach getreu dem Grundsatz „Bundesrecht bricht Landesrecht" das IuKDG dem MDStV vorgehen, ein nicht eindeutig zuzuordnender Dienst also automatisch dem Bundesgesetz unterliegen soll. Dann aber müßten MDStV und IuKDG sachlich-inhaltlich den gleichen Gegenstand regeln[72] und dieselben Adressaten haben[73]. Doch das ist gerade nicht der Fall, weil das IuKDG im Gegensatz zum MDStV auf individuell nutzbare Dienste abzielt. Praktische Abgrenzungsprobleme reichen hier nicht aus. Auch dürfte nach Wirkungsmöglichkeit und Willen des Bundesrechts kein Raum mehr für Landesrecht sein[74]. § 2 Abs. 4 Nr. 3 TDG (Art. 1 IuKDG) erklärt aber ausdrücklich Wirkungs- und Anwendungsbereich des MDStV für unberührt. Die Heranziehung dieser Kollisionsnorm hilft bei der Zuordnung also nicht weiter. Eine andere Möglichkeit ist es, die Zuordnung unter Berücksichtigung der Gesetzgebungskompetenzen vorzunehmen[75]. Somit ließe sich bei „Zwitter-Diensten" aus der gesetzgeberischen Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Länder[76] eine Anwendungsvermutung für den MDStV folgern. Dies kann aber nur insoweit gelten, als das betreffende Angebot nicht wesensmäßig dem Sachbereich des vom Bund beanspruchten Kompetenztitels angehört. Da der Bund seine Zuständigkeit maßgeblich auf das Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) gestützt hat, heißt dies konkret: Nur solche nach herkömmlichen und gesetzlichen Kriterien nicht eindeutig zuordenbaren Dienste, bei denen schwerpunktmäßig gerade nicht der allgemeine Informationsaustausch, sondern geschäftliche, wirtschaftliche oder gewerbliche Abläufe im Vordergrund stehen, unterfallen dem TDG. Alle anderen sind im Zweifel der Länderregelung des MDStV zu unterwerfen.

4. Relevanz der Abgrenzung

Es wäre falsch, dieser Zuordnungsproblematik allein dogmatische Bedeutsamkeit beizumessen und ihr damit die praktische Relevanz abzusprechen, wie es vielfach mit dem Argument versucht wurde, IuKDG (insb. das TDG) und MDStV glichen sich im wesentlichen ohnehin in ihren Regelungen; eine Abgrenzung für den Anbieter sei daher nahezu bedeutungslos[77]. Tatsächlich aber geht der MDStV weit über Rechte und Pflichten nach dem IuKDG hinaus, wenn er für die im IuKDG naturgemäß nicht regelbaren journalistisch-redaktionellen Angebote Impressums-, Sorgfalts- und Gegendarstellungspflichten festlegt[78], die teilweise mit bis zu 500 000,- DM bußgeldbewehrt sind[79]. Insofern hat die Abgrenzung erhebliche Auswirkungen für den Diensteanbieter[80], weil vor allem mit Blick auf Sanktionsnormen eine bedenkliche Unsicherheit aufkommt. Hier droht nicht nur die Rechtsanwendung zur diffusen Beliebigkeit zu werden. Verfehlt wird nicht bloß der Gesetzeszweck, wenn doch wirtschaftsfördernde Rahmenbedingungen geschaffen werden sollten, gerade aber die Charakteristika neuer Kommunikationsformen zugunsten kompetentieller Kompro-

67 Insofern ist die Aufnahme von Telebanking in den Katalog gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 TDG durchaus sachgerecht. Entsprechendes gilt für interaktive Telespiele, die sich gerade durch einen multiplen Rollenwechsel auszeichnen, (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 TDG) sowie für Teleshopping, weil und wenn hier eine interaktive Bestellmöglichkeit besteht (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 TDG).

68 *Schulz*, ZUM 1996, 487, 490.

69 AfP 1997, 675, 677 ff., 680, und ZUM 1997, 462, 466 ff.

70 Zuversichtlich dagegen *Engel-Flechsig*, ZUM 1997, 231, 238, nach dessen Ansicht eine Kumulation als Teledienst und Mediendienst ausgeschlossen ist; ähnlich *Schulz*, ZUM 1996, 487, 491. Dies mag theoretisch noch gelten, doch nützt eine solche Erkenntnis in der praktischen Rechtsanwendung freilich wenig.

71 *Bröhl*, CR 1997, 73, 74, und wohl auch *Engel-Flechsig*, ZUM 1997, 231, 239; *Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn*, NJW 1997, 2981, 2984.

72 Zu dieser Anwendbarkeitsvoraussetzung des Artikels 31 GG *Maunz*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 25), Art. 31 Rdnr. 13; *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth* (Fn. 38), Art. 31 Rdnr. 4.

73 Hierzu das Sondervotum von *Geiger*, in: BVerfGE 36, 369; *Bothe*, in: AK-GG, 2. Aufl., 1989, Art. 31 Rdnr. 15; *v. Mutius*, VerwArch 66 (1975), 161, 165; *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth* (Fn. 38), Art. 31 Rdnr. 4.

74 Vgl. *Maunz*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 25), Art. 31 Rdnr. 13.

75 Im Ansatz auch *Kröger/Moos*, AfP 1997, 675, 678.

76 Vgl. dazu BVerfGE 12, 205, 228 f.: „Bei Zweifeln über die Zuständigkeit des Bundes spricht keine Vermutung zugunsten einer Bundeskompetenz. Die Systematik des Grundgesetzes fordert vielmehr eine strikte Interpretation der Art. 73 ff. GG."

77 Vgl. MdB *Friedrich (CDU/CSU)*, BT-Prot. 13/182, 16363.

78 § 6 Abs. 2, § 7 Abs. 2 und § 10 MDStV.

79 Z.B. § 6 Abs. 2 i. V. m. § 20 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 MDStV bei Verletzung der Impressumspflicht.

80 So auch der Sachverständige im Technologieausschuß *Moritz*, BT-Dr 13/7934, 33; verhaltener *Engel-Flechsig*, ZUM 1997, 231, 237.

misse ignoriert wurden[81]. Vielmehr muß die unscharfe Trennlinie zwischen den Anwendungsbereichen bußgeldbedrohter Pflichtverletzung und sanktionsloser Tätigkeit als Verstoß gegen verfassungsrechtliche Grundsätze gewertet werden: Empfindlich berührt ist hier das Bestimmtheitsgebot [82], insbesondere das nach Artikel 103 Abs. 2 GG[83], das auch für Ordnungswidrigkeiten gilt[84]. Unannehmbar wäre ferner eine Doppelregulierung[85] der Anbieter, soweit sie nach Ansicht der jeweils aufsichtsführenden Behörde sowohl unter das TDG als auch den MDStV subsumierbar wären[86].

V. Teledienstegesetz (Art. 1 IuKDG)

Neben der Festlegung des Anwendungsbereichs in § 2 TDG, der Zweckbestimmung nach § 1 TDG[87] sowie der Begriffe „Diensteanbieter" und „Nutzer" in § 3 TDG[88] hat dieses Gesetz den Grundsatz der Zugangsfreiheit normiert (§ 4). Jene Vorschrift ist mit § 4 MDStV nahezu wortgleich. Anmelde- oder Zulassungserfordernisse ergeben sich aus dem TDG nicht, wohl aber sind solche nach allgemeinem Recht wie der Gewerbeordnung oder § 8 TKG zu beachten[89]. Damit wurde der unternehmerischen Handlungs- und Gewerbefreiheit nach Artikel 2, 12 GG Rechnung getragen[90].

Die zwischen den einzelnen Ministerien lange umstrittene[91] und ebenfalls mit § 5 MDStV inhaltsgleiche Regelung der Provider-Verantwortlichkeit für übermittelte Inhalte hat ihren Niederschlag in § 5 TDG gefunden, nach dessen Absatz 1 die Anbieter für ihre eigenen Inhalte einzustehen haben. Dies wiederholt noch einmal den schon aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgenden Gedanken des Einstehenmüssens für eigenes Verschulden[92]. Als eigene Inhalte gelten dabei auch die von Dritten hergestellten, wenn sich der Anbieter diese zu eigen macht[93]. Die Rechtsfolgen dieser sowie der nachfolgenden Regelungen über Fremdinhalte bestimmen sich nach dem Straf- und Zivilrecht. Diese Verknüpfung von TDG mit allgemeinen Rechtssätzen scheint nach wie vor zahlreichen Rechtsanwendern Schwierigkeiten zu bereiten.

Für jene fremden Inhalte ist der Anbieter nur verantwortlich, wenn er von diesen positive Kenntnis hat (mindestens dolus eventualis[94]) und es ihm technisch möglich[95] wie zumutbar ist, die Nutzung zu verhindern (Abs. 2). Hiernach wird also eine Garantenstellung des Providers begründet[96], die an das Kriterium der Zumutbarkeit geknüpft ist. Sofern dieses Tatbestandsmerkmal als völlig unbestimmter Rechtsbegriff kritisiert worden ist[97], wird übersehen, daß verschiedene Gesetze diesen Begriff kennen [98] und jener folglich hinreichend konkretisiert ist. Zumutbarkeit bedeutet demnach, daß die zur Beseitigung des Inhalts notwendigen Aufwendungen noch in einem vernünftigen Verhältnis zur erforderlichen Sperrung liegen[99]. Es ist also nicht jeder denkbare Aufwand gemeint[100], insbesondere braucht sich der Anbieter nicht über alle von seinen Kunden im Netz versandten Nachrichten Kenntnis zu verschaffen[101]. Genausowenig könnte der Post die Lektüre aller Postkarten abverlangt werden[102]. Nicht gewollt ist ferner die Schließung ganzer Dienstebereiche oder die Einstellung des gesamten Teledienstes, obwohl nur vereinzelt rechtswidrige Inhalte verbreitet werden[103]. Diese – wenn auch abgestufte – Inanspruchnahme Dritter erscheint sinnvoll und notwendig, wollte man nicht Jugendschutz und Menschenwürde im Bereich neuer Medien gänzlich außer acht lassen[104]. Eine Durchbrechung der Drittverantwortlichkeit enthält Absatz 3, wenn er solche Diensteanbieter von der Einstandspflicht befreit, die den technischen Zugang zur Nutzung vermitteln (Access-Pro-

81 Vgl. auch den Entschließungsantrag der *SPD*-Fraktion, BT-Dr 13/7936, 2.
82 Andeutungsweise auch *Kröger/Moos*, ZUM 1997, 462, 465.
83 Nullum crimen sine lege certa!
84 Das BVerfG in st. Rspr.: E 38, 348, 371; 71, 108, 114; 81, 132, 135; 87, 399, 411.
85 Auf diese Gefahr wurde schon vom Sachverständigen *Kind* im Technologieausschuß hingewiesen, BT-Dr 13/7934, 33; vgl. auch *Gersdorf*, Engelschall-FS (Fn. 2), 163, 181.
86 Soweit ein Anbieter nach beiden Normwerken in die Bußgeldpflicht genommen würde, läge hierin allerdings kein Verstoß gegen den Grundsatz „ne bis in idem", Art. 103 Abs. 3 GG, da sich dieser nicht auf Ordnungswidrigkeiten erstreckt. S. dazu BVerfGE 43, 101, 105; *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 25), Art. 103 III Rdnr. 289; a. A. wohl *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth* (Fn. 38), Art. 103 Rdnr. 59. Jedenfalls aber kann sich das Verbot solcher Mehrfach-Sanktionierung aus dem Rechtsstaatsprinzip ergeben, *Schmidt-Aßmann* und *Pieroth*, ebda.
87 S. hierzu die Ausführungen oben unter I.
88 Sowohl „Diensteanbieter" als auch „Nutzer" i.S.d. TDG können natürliche oder juristische Personen oder Personenvereinigungen sein. Insbesondere in der Person des „Diensteanbieters" ist es unerheblich, ob er seine Tätigkeit nur gelegentlich, privat oder geschäftsmäßig ausübt.
89 Begründung zum IuKDG, Regierungsvorlage, BR-Dr 966/96, 21; *Bröhl*, CR 1997, 73, 75; *Engel-Flechsig*, ZUM 1997, 231, 235; *Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn*, NJW 1997, 2981, 2984; dazu auch *Rüttgers* in seiner Erklärung v. 2. 5. 1996: „Es muß genügen, wenn sich ein Anbieter neuer Dienste den Gewerbeschein holt." Für den MDStV gilt dies entsprechend, s. *Gounalakis*, NJW 1997, 2993; Begründung zum MDStV, Hamburg BüScha-Dr 15/7276, 12.
90 Begründung zum IuKDG, Regierungsvorlage, BR-Dr 966/96, 21; *Bröhl*, CR 1997, 73, 75; *Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn*, NJW 1997, 2981, 2984; vgl. die Begründung zum MDStV, Hamburg BüScha-Dr 15/7276, 12.
91 Bericht in AfP 1996, 369, 370.
92 Begründung zum IuKDG, Regierungsvorlage, BR-Dr 966/96, 21; *Engel-Flechsig*, ZUM 1997, 231, 235; *Gounalakis*, NJW 1997, 2993, 2995.
93 Begründung zum IuKDG, Regierungsvorlage, BR-Dr 966/96, 21, sowie zum MDStV, Hamburg BüScha-Dr 15/7276, 13.
94 Begründung zum IuKDG, Regierungsvorlage, BR-Dr 966/96, 22; *Gounalakis*, NJW 1997, 2993, 2995. Kennenmüssen bzw. Fahrlässigkeit kommen damit nicht in Betracht, *Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn*, NJW 1997, 2981, 2985 m. w. Nachw.
95 S. zu den technischen Möglichkeiten der Nutzungsverhinderung *Eberle*, Engelschall-FS (Fn. 2), 153, 160.
96 Begründung zum IuKDG, Regierungsvorlage, BR-Dr 966/96, 22; *Bröhl*, CR 1997, 73, 75; *Engel-Flechsig*, ZUM 1997, 231, 235; a. A. *Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn*, NJW 1997, 2981, 2985, die jedoch verkennen, daß durch diese Norm eine Garantenstellung aus Gesetz begründet wird, die bei der Ermittlung zivil- und strafrechtlicher Einstandspflichten heranzuziehen ist, *Gounalakis*, NJW 1997, 2993, 2995.
97 MdB *Kiper (Bündnis 90/Die Grünen)*, BT-Prot. 13/182, 16347.
98 Der normierte Rechtsgedanke der „Zumutbarkeit" findet sich beispielsweise in §§ 35 Abs. 1; 113 Abs. 4; 142 Abs. 3 S. 1; 218a Abs. 2; 323c StGB sowie in § 81c Abs. 4 StPO.
99 *Gounalakis*, NJW 1997, 2993, 2995. Vgl. auch den Beitrag *Köhntopp/Köhntopp/Seeger*, K&R 1998, 25.
100 Begründung zum IuKDG, Regierungsvorlage, BR-Dr 966/96, 22; *Engel-Flechsig*, ZUM 1997, 231, 235; *Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn*, NJW 1997, 2981, 2985.
101 MdB *Barnett (SPD)*, BT-Prot. 13/182, 16350.
102 *Schmidt-Jortzig*, BT-Prot. 13/182, 16364.
103 Begründung zum IuKDG, Regierungsvorlage, BR-Dr 966/96, 22; vgl. zum MDStV *Gounalakis*, NJW 1997, 2993, 2995, sowie die Begründung in Hamburg BüScha-Dr 15/7276, 13.
104 *Knothe*, AfP 1997, 494, 497; in diesem Sinne wohl auch *Eberle*, Engelschall-FS (Fn. 2), 153, 159 f.

vider). Denn dann leiten sie lediglich fremde Inhalte zum Nutzer weiter und treten insoweit als reine Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen in Erscheinung, denen es schwerlich obliegen kann, sich den Inhalt dieser Sendungen[105] als eigenen Tatbeitrag zurechnen zu lassen[106]. Als Zugangsvermittlung gilt nach der Fiktion des Absatzes 3 S. 2 auch die automatische und kurzzeitige Vorhaltung fremder Inhalte, die der Nutzer abruft (insbesondere über sog. Proxy-Cache-Server), wobei man unter „kurzzeitig" eine Spanne von wenigen Stunden, nicht aber von Tagen zu verstehen hat[107].

Unberührt von diesen Regelungen bleibt dagegen die verschuldensunabhängige Verpflichtung der Anbieter[108] nach den allgemeinen Gesetzen, die Nutzung rechtswidriger Angebote zu sperren. Dies stellt Absatz 4 klar, der insbesondere die Vorschriften des Polizei- und Ordnungsrechts unterstreicht, nach denen Handlungs- wie Zustandsstörer bei Gefahren für die öffentliche Sicherheit in Anspruch genommen werden können[109]. Obgleich dieser Absatz ebenfalls eine Einschränkung über die rechtliche (Bindung des Anbieters an das Fernmeldegeheimnis) und technische Möglichkeit sowie Zumutbarkeit einer solchen Maßnahme erfährt, erscheint er bedenklich, da er die übrigen Regelungen des § 5 TDG ihrem Sinn und Zweck nach zu konterkarieren droht[110]. Als weitere Pflicht schreibt das TDG in seinem § 6 die Anbieterkennzeichnung für geschäftsmäßige Angebote vor, die Namen und Anschrift des Dienstes sowie ggf. Identität des Vertretungsberechtigten umfaßt[111]. Damit soll ein Minimum an Transparenz, Verbraucherschutz und Erleichterung der Rechtsverfolgung erreicht werden[112], wie es schon in der Entwicklungsphase neuer medienrechtlicher Regelungen geplant war[113].

VI. Teledienstedatenschutzgesetz (Art. 2 IuKDG)

Das in seinem Anwendungsbereich und den Begriffsbestimmungen auf das TDG Bezug nehmende und mit Abschnitt III des MDStV fast inhaltsgleiche TDDSG[114] will das verfassungsrechtlich anerkannte und mit Grundrechtsqualität[115] versehene Recht auf informationelle Selbstbestimmung[116] aus Artikel 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG auch im Bereich neuer Kommunikationsdienste gewährleisten[117], da dieses über die Rechtsfigur der mittelbaren Drittwirkung nicht nur im Verhältnis Staat-Bürger, sondern auch im Geflecht der Bürger untereinander zu schützen ist[118]. Es knüpft an vorhandene datenschutzrechtliche Regelungen, insbesondere die des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG), an[119] und berücksichtigt die Datenschutzrichtlinie[120] der EG[121], die ihrerseits in wesentlichen Bereichen dem BDSG sowie den Landesdatenschutzgesetzen entspricht[122]. Diese Richtlinie erstreckt sich nicht nur auf allgemeine Datenschutzregelungen, sondern auch auf bereichsspezifische Bestimmungen im Bundes- und Landesrecht[123], womit sowohl das IuKDG als auch der MDStV diesem Umsetzungsbefehl Rechnung zu tragen hatten. Dabei will das TDDSG bei den Nutzern auch die Akzeptanz neuer Medien erhöhen[124]; gerade den anerkannten Datenschutzgrundsätzen war daher im Multimedia-Bereich Geltung zu verschaffen.

Dies erstrebt § 3 TDDSG, der Zweckbindung bei Nutzung personenbezogener Daten und Einwilligung des Betroffenen, Unterrichtungspflicht und – auch elektronisch möglichen – Widerruf der Einwilligung regelt. Daneben bekräftigt er in Absatz 4 die Datenvermeidung als Zielsetzung. Datenschutzrechtliche Pflichten des Diensteanbieters sowie Grundsätze des Systemdatenschutzes und der Datenvermeidung werden in § 4 konkretisiert[125], wozu nach Absatz 1 insbesondere die Ermöglichung der anonymen[126] oder pseudonymen Nutzung von Telediensten gehört[127], soweit dies technisch möglich und zumutbar[128]

105 Von diesem dürfen sie aufgrund des Fernmeldegeheimnisses auch keine Kenntnis haben, *Bröhl*, CR 1997, 73, 75; *Flechsig*, in: *Becker*, Rechtsprobleme internationaler Datennetze, Baden-Baden 1996, 57, 79 f.

106 Begründungen zum IuKDG, Regierungsvorlage, BR-Dr 966/96, 22, und entsprechend zum MDStV, Hamburg BüScha-Dr 15/7276, 13; ebenso *Engel-Flechsig*, ZUM 1997, 231, 236.

107 Begründung zum IuKDG, Regierungsvorlage, BR-Dr 966/96, 22.

108 Hierunter fallen auch die ansonsten privilegierten Diensteanbieter nach § 5 Abs. 3 TDG.

109 Begründung zum IuKDG, Regierungsvorlage, BR-Dr 966/96, 23.

110 S. den Änderungsantrag der Fraktion *Bündnis 90/Die Grünen* in den Ausschußberatungen, BT-Dr 13/7934, 35.

111 Der MDStV enthält in § 6 Abs. 1 (auch für nicht gewerbsmäßige Angebote) eine ganz ähnliche Regelung, geht aber für journalistisch-redaktionelle Angebote noch darüber hinaus, wenn er für diese gem. Absatz 2 eine Impressumspflicht vorschreibt; s. hierzu auch oben unter IV 4 sowie *Gounalakis*, NJW 1997, 2993, 2995 f.

112 Begründung zum IuKDG, Regierungsvorlage, BR-Dr 966/96, 23.

113 Bericht der *Bundesregierung* „Info 2000", BR-Dr 140/96, 73.

114 Der erste Referentenentwurf des IuKDG sah für den Datenschutz lediglich einen Paragraphen im TDG (§ 9) vor. Erst im zweiten Entwurf wurde der Datenschutz umfassend in einem eigenen Gesetz, dem TDDSG, geregelt; s. *Röger*, ZRP 1997, 203, 209. Nach dem Willen der *SPD*-Fraktion hätten diese Datenschutzgrundsätze jedoch besser als Novelle in das BDSG aufgenommen werden sollen, BT-Dr 13/7936, 5.

115 *Gola*, NJW 1985, 1196, 1197; *Gounalakis/Mand*, CR 1997, 431, 432 m. w. Nachw.

116 Grundlegend hierfür das BVerfG im „Volkszählungsurteil", E 65, 1 ff.; ferner E 78, 77, 84; 80, 367, 373; 84, 192, 194; 89, 69, 82; *Gola*, NJW 1985, 1196 ff.

117 *Bröhl*, CR 1997, 73, 76.

118 *Gallwas*, NJW 1992, 2785, 2789; *Gounalakis/Mand*, CR 1997, 431, 432.

119 Begründung zum IuKDG, Regierungsvorlage, BR-Dr 966/96, 23; *Bröhl*, CR 1997, 73, 76; *Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn*, NJW 1997, 2981, 2985. Sofern das TDDSG keine besondere Regelung trifft, gilt daher auch das BDSG (vgl. § 1 Abs. 2 TDDSG).

120 Richtlinie 95/46/EG des *Europäischen Parlaments* und des *Rates* v. 24. 10. 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABlEG 1995 L 281/31 ff.; eingehend hierzu *Gounalakis/Mand*, CR 1997, 431 ff.; *dies.*, CR 1997, 497 ff.; *Simitis*, NJW 1997, 281 ff.

121 Begründung zum IuKDG, Regierungsvorlage, BR-Dr 966/96, 24; *Bröhl*, CR 1997, 73, 76.

122 *Gounalakis/Mand*, CR 1997, 431, 434.

123 *Gounalakis/Mand*, CR 1997, 497, 504.

124 Vgl. den angenommenen Entschließungsantrag der Fraktionen *CDU/CSU* und *FDP*, BT-Dr 13/7935, 3, sowie den abgelehnten Entschließungsantrag der *SPD*-Fraktion, BT-Dr 13/7936, 4.

125 Begründung zum IuKDG, Regierungsvorlage, BR-Dr 966/96, 25; *Bröhl*, CR 1997, 73, 76.

126 Vgl. hierzu den in § 3 Abs. 7 BDSG legaldefinierten Begriff der Anonymisierung. Die faktische Anonymität nach dessen 2. Alternative soll dabei für § 4 Abs. 1 TDDSG ausreichend sein, Begründung zum IuKDG, Regierungsvorlage, BR-Dr 966/96, 25.

127 Bedenken gegen die Möglichkeit der anonymen Nutzung äußerte der *Bundesrat* in seiner Stellungnahme zum IuKDG, da diese seiner Ansicht nach die Gefahr schüfe, daß Straftaten künftig anonym und öffentlich begangen würden, ohne daß es eine Möglichkeit zum Einschreiten gebe, Beschluß, BR-Dr 966/96, 13 = ZRP 1997, 172.

128 Die Ausführungen zur Verantwortlichkeit gelten hier entsprechend, s. oben unter V.

ist. Vor allem das Erstellen von Nutzungsprofilen[129] ist nur unter Pseudonymen statthaft (Abs. 4)[130]. Darüber hinaus ist nach Absatz 2 Nr. 1 dafür Sorge zu tragen, daß der Betreffende „Herr der Nutzung" bleibt und jederzeit seine Verbindung mit dem Diensteanbieter abbrechen sowie gem. Absatz 2 Nr. 3 das Angebot von Dritten unbemerkt in Anspruch nehmen kann. Eine Weitervermittlung zu anderen Diensteanbietern ist dem Nutzer anzuzeigen (Abs. 3)[131].

Die §§ 5 und 6 sowie § 4 Abs. 2 Nr. 2 beinhalten weitere Löschungspflichten sowie Zweckbestimmungen, innerhalb derer die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten gewährt wird. In concreto betrifft dies Daten zur Begründung, Änderung oder Aufhebung des Vertragsverhältnisses zwischen Nutzer und Anbieter (Bestandsdaten), zur Ermöglichung der Inanspruchnahme des Dienstes (Nutzungsdaten) oder deren Abrechnung (Abrechnungsdaten)[132].

Nicht Gesetz ist der als „Schnüffelnorm"[133] geschmähte § 5 Abs. 3 TDDSG-E geworden, wonach eine Pflicht für Diensteanbieter definiert war, Bestandsdaten auf Ersuchen an die zuständigen Stellen zu übermitteln, soweit dies für die Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten oder zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung notwendig gewesen wäre[134]. Diese Regelung wurde für unverhältnismäßig und mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung für unvereinbar gehalten[135]. Wegen ihrer Verfassungsbedenklichkeit[136] ist sie auf Empfehlung des Technologieausschusses hin gestrichen worden[137]. Dagegen hat die ganz ähnliche Regelung des § 12 Abs. 2 SigG ihren Weg in das IuKDG gefunden[138]. Des weiteren wurden das Auskunftsrecht des Nutzers (zur Einsicht der zu seiner Person oder zu seinem Pseudonym gespeicherten Daten) sowie die Datenschutzkontrolle in §§ 7, 8 TDDSG normiert. Ein dem § 17 MDStV entsprechendes Datenschutz-Audit zur freiwilligen Verbesserung der Datensicherheit ist entgegen früheren Entwurfsfassungen[139] nicht aufgenommen worden[140].

VII. Signaturgesetz (Art. 3 IuKDG)

Erst jetzt, ein Jahr nach Inkrafttreten, kommt das Signaturgesetz (SigG) allmählich zum Tragen, da sich die Anwendung elektronischer Unterschriften nur langsam in der Praxis durchzusetzen beginnt. Obwohl man in Anbetracht seines Namens vermuten könnte, das SigG nehme Änderungen in zivil- und öffentlich-rechtlichen Schriftformerfordernissen vor, enthält es keine Regelungen über die Beweisfunktion signierter digitaler Daten und das Verhältnis der digitalen Signatur zur Schriftform nach dem BGB[141]. Diese Fragen sollen in einem eigenen Gesetz über den elektronischen Rechtsverkehr geklärt werden[142]. Auch die Kryptographie, mit deren Hilfe die gesamten Kommunikationsinhalte verschlüsselt werden können, ist nicht Gegenstand des SigG[143]. Dies sowie das damit verbundene Problem des Mißbrauchs von Verschlüsselungsalgorithmen, die zur Begehung von Straftaten genutzt werden, wollte man ebenfalls einer gesonderten Betrachtung zuführen[144]. Vielmehr schafft das SigG nur administrative Rahmenbedingungen, nach deren Maßgabe digitale Unterschriften als zuverlässig und sicher gelten[145]. Doch allein schon in diesem Punkt nahm jenes von der Wirtschaft so geforderte Gesetz international eine nahezu einzigartige Stellung ein[146] und erhält „Pilotfunktion"[147].

1. Grundkonzeption des SigG

Ausgehend von der Überlegung, nur die hoheitliche Aufsicht biete genügend Gewähr für eine der digitalen Signatur abzufordernde hinreichende Verläßlichkeit, regelt das SigG die Vergabe von Identifikationsschlüsseln unter behördlich kontrolliertem Ablauf: Will der Nutzer digitale Dokumente mittels elektronischer Unterschrift besiegeln, so wird er dies mit seinem individuellen Schlüsselpaar vornehmen, das sich aus einem mathematisch-kryptogra-

129 Darunter ist die zielgruppen- oder produktorientierte Datenverwertung zur Erstellung von Psychogrammen und Profilen über Nutzer sowie deren Kaufverhalten zu verstehen. Die hierfür erforderlichen personenbezogenen Daten können beim Abrufen und „Durchblättern" von Multimedia-Angeboten anfallen; s. den Bericht der *Bundesregierung* „Info 2000", BR-Dr 140/96, 68; *Gummig*, ZUM 1996, 573, 577; *Pieper/Wiechmann*, ZUM 1995, 82, 95.

130 Kritisiert wurde diese Regelung von der Fraktion *Bündnis 90/Die Grünen* in den Ausschußberatungen, da nach ihrem Dafürhalten ein Pseudonym keinen hinreichenden Schutz vor einem reidentifizierbaren Nutzungsprofil bietet, BT-Dr 13/7934, 35.

131 Relevant ist diese Norm vor allem für die Weitervermittlung mittels sog. „Links". Vgl. dazu *Eichler/Helmers/Schneider*, Beil. zu BB 48/1997 „Kommunikation & Recht", S. 23 ff.

132 Näher hierzu *Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn*, NJW 1997, 2981, 2987, sowie mit länderrechtlicher, aber sinngemäß geltender Erläuterung *Gounalakis*, NJW 1997, 2993, 2998.

133 Vgl. MdB *Kiper (Bündnis 90/Die Grünen)*, BT-Prot. 13/182, 16351.

134 § 5 Abs. 3 im genauen Wortlaut: „Diensteanbieter haben Bestandsdaten auf Ersuchen an die zuständigen Stellen zu übermitteln, soweit dies für die Verfolgung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten, zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder, des Bundesnachrichtendienstes, des Militärischen Abschirmdienstes sowie des Zollkriminalamtes erforderlich ist."

135 So der Sachverständige im Technologieausschuß *Roßnagel*, BT-Dr 13/7934, 33, und die *PDS*-Gruppe, ebda., 37. Nach Ansicht der Fraktion *Bündnis 90/Die Grünen* wären unüberwindbare Friktionen mit dem MDStV die Folge gewesen, der eine solche Regelung nicht vorsieht, ebda., 35 f.

136 So die MdB *Bierstedt (PDS)* und *Tauss (SPD)*, BT-Prot. 13/182, 16354 bzw. 16362. Ganz anders dagegen das Land Brandenburg, welches in seinem Antrag eine Änderung des § 5 Abs. 3 TDDSG dahin erreichen wollte, daß die Daten vom Diensteanbieter auch ohne (!) Ersuchen der Behörde an ebendiese weitergeleitet werden können, BR-Dr 966/4/96.

137 Die Begründung des von *CDU/CSU* und *FDP* dominierten Technologieausschusses nahm sich freilich weniger drastisch an; vielmehr sah man im Rahmen der Auskunftsverpflichtung privater Unternehmen noch Klärungsbedarf, BT-Dr 13/7934, 40.

138 Dazu näher unter VII.

139 *Engel-Flechsig*, ZUM 1997, 231, 239.

140 Da dieses auf Eigeninitiative der Unternehmen hin erfolgen kann, ließ man insoweit von einer gesetzlichen Regelung entsprechender Rahmenbedingungen ab, *Laermann (FDP)*, BT-Prot. 13/182, 16352. Kritik hieran vom Sachverständigen im Technologieausschuß *Jaspers*, BT-Dr 13/7934, 33, und von MdB *Tauss (SPD)*, BT-Prot. 13/182, 16362; ferner dessen Fraktion im Technologieausschuß, BT-Dr 13/7934, 39, und in ihrem Entschließungsantrag, BT-Dr 13/7936, 5.

141 Mit dem SigG einhergehende Änderungen des BGB und der ZPO wurden von den Sachverständigen im Technologieausschuß gefordert, BT-Dr 13/7934, 34. Dagegen wies die *SPD*-Fraktion in ihrem Entschließungsantrag darauf hin, daß es hierfür noch an verläßlichen Erfahrungen im Umgang mit solchen Techniken fehle, BT-Dr 13/7936, 6. Zur Schriftform elektronischer Unterschriften nach dem BGB s. auch *Deville/Kalthegener*, NJW-CoR 1997, 168, 171; *Erber-Faller*, CR 1996, 375 ff. Allgemein zu elektronischen Willenserklärungen im Internet *Ernst*, NJW-CoR 1997, 165 ff.; *Ultsch*, NJW 1997, 3007 ff. Umfassend zu elektronischen Willenserklärungen, zur Schriftform und zur digitalen Signatur *Geis*, NJW 1997, 3000 ff.

142 *Bröhl*, CR 1997, 73, 76.

143 Bericht in AfP 1996, 369, 370.

144 Vgl. *Rüttgers*, BT-Prot. 13/182, 16358.

145 Begründung zum IuKDG, Regierungsvorlage, BR-Dr 966/96, 28.

146 Nach *Engel-Flechsig*, ZUM 1997, 231, 236, bestanden anfangs vergleichbare Regelungen nur im US-Bundesstaat Utah sowie als Planungsentwurf in Dänemark. Näher zur digitalen Signatur in den USA *Hein/Rieder*, DuD 1997, 469 ff.

147 So die Sachverständigen im Technologieausschuß, BT-Dr 13/7934, 34

phischen privaten Schlüssel sowie seinem paßgenauen Pendant, einem öffentlichen Schlüssel, zusammensetzt, mit welchem jederzeit Unverfälschtheit der Daten und Identität seines Inhabers festgestellt werden können (vgl. § 2 Abs. 1)[148].

Die Zuordnung dieses einzigartigen Schlüsselpaares erfolgt durch eine anerkannte Zertifizierungsstelle, die die Verknüpfung zwischen Unikat und Verwender auf einem (digitalen) Zertifikat verbrieft (§§ 2 Abs. 2; 5 Abs. 1; 7). Dieses erhält der Nutzer, um es seinen Dokumenten zur besonderen Verifikation beizufügen, doch ist es bei Zustimmung des Nutzers auch für jedermann öffentlich über Telekommunikationsverbindung einzusehen (§ 5 Abs. 1 S. 2). Zertifizierungsstelle kann dabei jede natürliche oder juristische Person sein, die von der nach § 3 zuständigen Behörde hierfür die Genehmigung unter näherer Maßgabe des § 4[149] erhält. Dieser recht kompliziert anmutende Ablauf ist allerdings nicht zwingend. Vielmehr kann der Nutzer seine Daten auch nach eigenen Vorstellungen und Verfahren unterzeichnen, soweit die Anwendung des SigG nicht durch eine andere Rechtsnorm vorgeschrieben wurde (§ 1 Abs. 2). Bestimmte Verschlüsselungs- und Signatur-Techniken werden wegen der Entwicklungsoffenheit[150] dieses Gesetzes ohnehin nicht vorgegeben[151].

2. Weitere Regelungen

Daneben beinhaltet das SigG weitere Ausführungen zu den Pflichten der Zertifizierungsstelle, wozu Unterrichtung des Schlüsselinhabers über mögliche und in seinem eigenen Interesse liegende Sicherheitsmaßnahmen (§ 6) sowie die Sperrung von Zertifikaten auf Wunsch seines Inhabers gehören (§ 8). Ferner hat sie digitale Daten auf Verlangen des Nutzers mit einem Zeitstempel zu versehen (§§ 9, 2 Abs. 4) und ihre getroffenen Sicherheitsmaßnahmen zu dokumentieren (§ 10). Wenn sie ihre Tätigkeit einzustellen beabsichtigt oder ein Konkursverfahren gegen sie eröffnet wurde, bemißt sich die diesbezügliche Mitteilungspflicht der Zertifizierungsstelle gegenüber der Behörde nach § 11. Eine eigene datenschutzrechtliche Regelung hat das SigG durch seinen § 12 erfahren, wonach in Absatz 1 der Verwendungszweck für erhobene personenbezogene Daten im Rahmen dieses Gesetzes maßgeblich auf die Notwendigkeit zur Zertifizierung eingegrenzt wird. Absatz 2 ordnet dagegen die Übermittlungspflicht der Zertifizierungsstelle gegenüber Behörden an, die um Auskunft über Identität eines pseudonym signierenden Schlüssel-Inhabers ersuchen. Diese Norm gleicht dem nicht paraphierten § 5 Abs. 3 TDDSG-E[152] und war daher ähnlicher Kritik ausgesetzt[153]. Zu berücksichtigen ist jedoch, daß § 12 Abs. 2 SigG im Gegensatz zu § 5 Abs. 3 TDDSG-E nicht die Weitergabe aller *Bestands-* , sondern nur *identitätsbezogener* Daten ermöglicht und daher bedeutend enger gehalten ist. Auch wurde verfassungsrechtlichen Bedenken entgegengewirkt, indem durch Aufnahme von Satz 3[154] eine Unterrichtungspflicht verankert wurde, nach der die ersuchende Behörde den Signaturschlüssel-Inhaber über die Aufdeckung seines Pseudonyms zumeist in Kenntnis zu setzen hat.

Neben dieser exekutiven Verpflichtung eröffnet das SigG in § 13 der nach § 3 zuständigen Behörde eine Reihe von Eingriffsermächtigungen, derer sie zur Überwachung und Erfüllung ihrer Aufgaben bedarf. Näheres zu technischen Komponenten und zur Anerkennung gleichwertiger ausländischer Signaturverfahren sowie die Rechtsgrundlage für den Erlaß der zur Ausfüllung des SigG erforderlichen Rechtsverordnung[155] beinhalten die §§ 14 bis 16.

3. Haftungsfragen

Verletzungen behördlicher oder der Zertifizierungsstelle obliegender Pflichten sind im SigG nicht geregelt worden. Deren Rechtsfolgen ergeben sich somit aus dem allgemeinen Haftungsrecht (Staatshaftung, Schadensersatz aus Vertrag und unerlaubter Handlung)[156]. In diesem Zusammenhang ist vor allem das Fehlen einer Gefährdungshaftung für Zertifizierungsstellen gerügt worden, wonach eine Verletzung der ihnen zugewiesenen Verpflichtungen besondere Regreßansprüche mit einer Haftungsobergrenze von einer Million DM hätte auslösen können[157]. Dagegen sollte nach Willen der parlamentarischen Mehrheit im *Bundestag* die Effizienz bestehender Haftungsregeln vorerst nur beobachtet werden[158]. Doch zeichnen sich schon jetzt Probleme ab, weil insbesondere Dritten, die auf die Gültigkeit eines unzutreffenden Signatur-Zertifikats vertrauen, keine ausreichenden Schadensersatzansprüche gegen die Zertifizierungsstelle zur Seite stehen[159]. Mit zunehmender praktischer Relevanz digitaler Unterschriften dürften hier Rechtsstreitigkeiten vorprogrammiert sein.

---

148 Prinzipiell ähnlich funktioniert das Abheben von Geld am Bankautomaten, wobei Scheckkarte und PIN das „Schlüsselpaar" bilden. Näher zur Authentizitätskontrolle mittels eines Schlüsselpaares *Wand*, in: *Lehmann*, Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), 1997, 35, 39.

149 § 4 Abs. 2, 3 knüpft dabei an die auch dem Gewerberecht immanente Zuverlässigkeit und Fachkunde des um eine Genehmigung Ersuchenden an.

150 Diese kommt schon in § 16 zum Ausdruck, der Näheres, vor allem auch Regelungen zu technischen Komponenten, durch Rechtsverordnung ausgefüllt wissen will.

151 *Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn*, NJW 1997, 2981, 2989.

152 S. oben unter VI.

153 Änderungsantrag der *PDS*-Gruppe im Technologieausschuß, BT-Dr 13/7934, 38; im Gegensatz zur Kritik an § 5 Abs. 3 TDDSG-E hier weitaus verhaltener die Fraktion *Bündnis 90/Die Grünen*, ebda., 36 f.

154 Gemäß der Beschlußempfehlung des Technologieausschusses, BT-Dr 13/7934, 16, 41.

155 Verordnung zur digitalen Signatur (Signaturverordnung – SigV) in der Fassung des Beschlusses der *Bundesregierung* vom 8. 10. 1997, abzurufen im Internet unter http://www.iukdg.de oder http://www.iid.de/rahmen/sigv.html (Stand: 12. 11. 1997). S. auch *Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn* (Fn. 1).

156 Begründung zum IuKDG, Regierungsvorlage, BR-Dr 966/96, 29; *Bröhl*, CR 1997, 73, 76. Zur Haftung der Zertifizierungsstellen umfassend *Gounalakis/Rhode*, K&R 1998, 225.

157 So die Forderung der Fraktion *Bündnis 90/Die Grünen* im Technologieausschuß, BT-Dr 13/7934, 36; umstritten war dies unter den Sachverständigen im Technologieausschuß, ebda., 34. Vgl. ferner die Vorbringungen der *SPD*-Fraktion im Technologieausschuß, ebda., 39, sowie deren Entschließungsantrag, BT-Dr 13/7936, 7.

158 Vgl. den vom *Bundestag* angenommenen Entschließungsantrag der Fraktionen *CDU/CSU* und *FDP*, BT-Dr 13/7935, 3.

159 Da aufgrund fehlenden Vertrags- oder vertragsähnlichen Verhältnisses zwischen Zertifizierungsstelle und Drittem diesbezügliche Ansprüche ausscheiden, verbliebe insoweit dem Betroffenen oftmals nur ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB, womit ferner vorausgesetzt werden müßte, daß die Regeln des SigG als Schutzgesetze im Sinne dieser Norm zu qualifizieren sind. Die Konstruktion eines Anspruchs über § 831 BGB wäre – wenn man auf das Tun von Verrichtungsgehilfen der Zertifizierungsstelle abstellen wollte – schon insofern unbefriedigend, als sich diese exkulpieren könnte; s. die Stellungnahme des *Bundesrats*, Beschluß, BR-Dr 966/96, 22; vgl. *Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn*, NJW 1997, 2981, 2989. Des weiteren werden Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB häufig wegen der Art des Schadens als reine Vermögenseinbuße, solche aus § 826 BGB mangels Vorsatzes der Zertifizierungsmitarbeiter leerlaufen.

VIII. Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht

Wesentliche Anpassung an die veränderten technisch-medialen Gegebenheiten war nach Artikel 4 IuKDG die Erweiterung des Schriftenbegriffs in § 11 Abs. 3 StGB[160] (sowie entsprechend im OWiG[161] durch Artikel 5 IuKDG) um die Variante des „Datenspeichers", der fortan den Ton- und Bildträgern, Abbildungen und anderen Darstellungen gleichgestellt ist und sich in der Retrospektive eher problematisch als klarstellend erwiesen hat. Da für den Oberbegriff[162] der „anderen Darstellungen" eine stoffliche Verkörperung gedanklicher Inhalte von gewisser Dauer notwendig ist[163], wird dieses Kriterium auch dem insoweit nur konkretisierenden Beispiel des „Datenspeichers" zugrundezulegen sein[164]. Erfaßt werden sollen aber neben Datenträgern (Disketten, Festplatten, CD-ROMs)[165] auch elektronische Arbeitsspeicher, die Inhalte nur vorübergehend bereithalten, nicht dagegen Echtzeitübermittlungen (z. B. Fernsehen) bzw. echtzeitähnliche Übertragungen und die hierfür oftmals erforderliche Zwischenspeicherung im Telekommunikationsnetz[166]. Diese Grenzziehung wirkt allerdings willkürlich und weist Unstimmigkeiten auf, wie ein Vergleich mit § 16 Abs. 2 UrhG zeigt, der für die Vervielfältigung ebenfalls eine Körperlichkeit voraussetzt: Wer ein online übermitteltes Werk ausdruckt oder auf Festplatte lädt, erfüllt den Tatbestand der Vervielfältigung, nicht aber derjenige, der es lediglich in den Arbeitsspeicher lädt und den Abruf als Bildschirmvisualisierung ermöglicht[167]. Den Daten im Arbeitsspeicher mangelt es gerade an hinreichender Verkörperung. Als weiteres Merkmal wird man der Darbietung daher ein Mindestmaß an *verselbständigter* Existenz[168] abzuverlangen haben, wie sie im Arbeitsspeicher gerade nicht vorzufinden ist: Die gedanklichen Inhalte werden nur durch permanente Zufuhr von Elektrizität existent gehalten und sind bei Unterbrechung des Stromkreislaufs verloren, ohne je eine eigene, in sich selbst begründete Körperlichkeit erfahren zu haben. Darin unterscheiden sie sich von den auf Festplatte gespeicherten Daten. Wollte man nicht die Differenz zur reinen Bildschirmvisualisierung – die nicht unter § 11 Abs. 3 StGB fallen sollte[169] – verwischen, so muß die Bereithaltung von geistigen Inhalten qua Arbeitsspeicher von dieser Norm ausgenommen bleiben[170]. Und selbst anders betrachtet verbliebe noch immer eine schwerwiegende Inkonsequenz: So mag es nicht recht einleuchten, weshalb die vorübergehende Bereithaltung im Arbeitsspeicher erfaßt, die kurzzeitige Zwischenspeicherung im Telekommunikationsnetz aber ausgeklammert ist. Da der Anpassung des § 11 Abs. 3 StGB angesichts „spärlicher" Rechtsprechung[171] eine klarstellende Funktion zukommen sollte[172], erscheint dieser Zweck verfehlt.

IX. Jugendschutz

Der Schriftenbegriff nach § 1 Abs. 3 GjS entspricht dem des StGB und wurde durch Artikel 6 Nr. 2 IuKDG ebenfalls um die Variante des „Datenspeichers" erweitert. Insofern kann auf obige Ausführungen sinngemäß verwiesen werden[173]. Den Verbreitungsverboten und Werbebeschränkungen der §§ 3, 5 GjS können also auch „Schriften" unterliegen, die durch elektronische Informations- und Kommunikationsdienste verbreitet werden. Da jedoch auch Erwachsenen die Kenntnisnahme jugendgefährdender Inhalte verwehrt und darin eine unzulässige Einengung des Artikels 5 Abs. 1 GG zu erblicken wäre[174], sollen diese Beschränkungen dann nicht gelten, wenn der Anbieter durch technische Vorkehrungen eine Übermittlung an oder Kenntnisnahme durch Kinder bzw. Jugendliche ausschließen kann (Art. 6 Nr. 3 und 4 IuKDG)[175]. Dies deckt sich weitestgehend mit der Regelung des § 8 Abs. 2, 3 MDStV[176], ebenso wie die Verpflichtung gewerbsmäßiger Informations- und Kommunikationsdienste zur Bereitstellung eines Jugendschutzbeauftragten nach dem durch Artikel 6 Nr. 5 IuKDG neu eingefügten § 7a GjS (vgl. § 8 Abs. 4 MDStV). Aus Kosten- und Verhältnismäßigkeitserwägungen kann diese Pflicht dabei auch von einer Organisation der freiwilligen Selbstkontrolle[177] wahrgenommen werden[178].

X. Fazit und Ausblick

Nicht nur in einzelnen Punkten – etwa in der Änderung des strafrechtlichen Schriftenbegriffs – ist das IuKDG

160 Verwiesen wird auf diesen Schriftenbegriff u. a. in §§ 74d, 80a, 86, 86a, 90 bis 90b, 103, 111, 131, 140, 165, 166, 184, 186 bis 187a, 194, 200 StGB.

161 Die entsprechenden Änderungen des Schriften- und Darstellungsbegriffs im OWiG betreffen die §§ 116, 119, 120, 123.

162 *RGSt* 47, 404, 405.

163 Ganz h. M.: *RGSt* 47, 404 ff.; *Beisel/Heinrich*, CR 1997, 360, 361; *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 25. Aufl., 1997, § 11 Rdnr. 78; *Lackner*, StGB, 22. Aufl., 1997, § 11 Rdnrn. 27 f.; *Tröndle*, StGB, 48. Aufl., 1997, § 11 Rdnr. 44; *Walther*, NStZ 1990, 523; vgl. BGHSt 13, 375; BVerwGE 85, 169, 171; RGSt 47, 223 ff.

164 Begründung zum IuKDG, Regierungsvorlage, BR-Dr 966/96, 38.

165 Diese fielen allerdings schon vor dieser Änderung unter § 11 Abs. 3 StGB, s. OLG Stuttgart, NStZ 1992, 38; *Tröndle* (Fn. 163), § 11 Rdnr. 44; *Walther*, NStZ 1990, 523 m. w. Nachw.

166 Begründung zum IuKDG, Regierungsvorlage, BR-Dr 966/96, 38; *Bröhl*, CR 1997, 73, 77.

167 *Spindler*, ZUM 1996, 533, 542 f.; vgl. *Müller-Hengstenberg*, NJW 1996, 1777, 1778; *Schwarz*, in: *Becker* (Fn. 105), 13, 24.

168 Vgl. *RGSt* 47, 404, 407: „Der Inhalt und der Ton (...) werden auf diese Weise in der Schallplatte festgehalten und werden mit der Schallplatte *selbst* Gegenstand der Verbreitung (...)". Ferner RGSt 47, 223, 224: „Unter „Schriften" wird man (...) die Festlegung von Gedankenäußerungen in der Form irgendwelcher Zeichen zu verstehen haben, welche dazu bestimmt und geeignet sind, sie (...) demgemäß *aus sich heraus* wiederzugeben." (Hervorhebungen durch die *Verf.*).

169 Vgl. *Bröhl*, CR 1997, 73, 77. Auf die Bildschirmvisualisierung kommt es nur insofern an, als die *verkörperten* Inhalte hierdurch lediglich *wahrnehmbar* gemacht werden: Begründung zum IuKDG, Regierungsvorlage, BR-Dr 966/96, 38.

170 Indifferent *Beisel/Heinrich*, CR 1997, 360, 362.

171 Bezug genommen wurde dabei auf OLG Stuttgart, NStZ 1992, 38, eines der wenigen Urteile zur modernen Datentechnik (damals noch zu Btx).

172 S. die Begründung zum IuKDG, Regierungsvorlage, BR-Dr 966/96, 38; *Bröhl*, CR 1997, 73, 77.

173 Verfassungsrechtliche Bedenken an der Ausweitung des GjS-Schriftenbegriffes äußerten *Knothe*, AfP 1997, 494, 497, sowie die *SPD*-Fraktion in ihrem Entschließungsantrag, BT-Dr 13/7936, 9.

174 Begründung zum IuKDG, Regierungsvorlage, BR-Dr 966/96, 40; *Bröhl*, CR 1997, 73, 78; *Engel-Flechsig*, ZUM 1997, 231, 237; *Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn*, NJW 1997, 2981, 2991.

175 Im Rahmen eines effizienten Jugendschutzes werden daher auch Filter am Empfangsgerät entscheidend sein. Hierzu *Holznagel*, ZUM 1996, 864, 866; *Kröger/Moos*, ZUM 1997, 462, 468 f.; MdB *Mayer (CDU/CSU)*, BT-Prot. 13/182, 16348; *Röger*, ZRP 1997, 203, 210.

176 S. hierzu *Gounalakis*, NJW 1997, 2993, 2996 f.; Bedenken gegenüber dieser Regelung äußerte *Ladeur*, ZUM 1997, 372, 382.

177 Als eine solche Organisation wurde bereits der e.V. „Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia-Diensteanbieter (FSM)" gegründet; dazu *Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn*, NJW 1997, 2981, 2991.

178 Dies berücksichtigt vor allem die Interessen kleinerer und insoweit kapitalschwächerer Dienste, s. *Gounalakis*, NJW 1997, 2993, 2997; ferner die Sachverständigen im Technologieausschuß, BT-Dr 13/7934, 34.

zu bemängeln. Vielmehr muß dessen Gesamtkonzeption Bedenken begegnen: In der zentralen Frage nach Abgrenzung seines Anwendungsbereichs zum MDStV wirkt es mißglückt. Schon in den Ausschußberatungen hat der Kompromiß zwischen Bund und Ländern vielfach Kritik erfahren[179] – zu einem Zeitpunkt, in dem Chancen für eine grundlegende Kurskorrektur noch bestanden haben. Da diese ungenutzt blieben, sind Rechtsanwender wie Regelungsadressaten nunmehr mit einer unsachgemäßen und wirklichkeitsfremden Differenzierung zwischen Medien- und Teledienst konfrontiert. Insbesondere für kleinere Unternehmen, aber auch für den vielzitierten Standort Deutschland, dürfte dies ein marktwirtschaftliches malum bedeuten, womit das eigentliche Regulierungsziel, einen wirtschaftsfördernden Ordnungsrahmen bereitzustellen, hinter den praktischen Gegebenheiten zurückzubleiben droht. Obgleich von Evaluierungsklauseln im IuKDG abgesehen wurde, werden Wirkung und Anwendbarkeit dieses neuen Normwerks verständig beobachtet[180]. Nur deshalb aber schon auf eine umfassende Änderung zu hoffen, ist auch ein Jahr nach Inkrafttreten freilich noch wenig realistisch.

179 Vgl. BT-Dr 13/7934, 32.

180 S. den angenommenen Entschließungsantrag der Fraktionen *CDU/CSU* und *FDP*, BT-Dr 13/7935, 2.

Marktbeherrschung auf Telekommunikations-Märkten

Von Professor Dr. Dr. Peter Salje, Hannover*

Der Telekommunikationsmarkt insgesamt weist ein Gesamtumsatzvolumen von derzeit knapp 100 Milliarden Mark auf[1]. Von diesem Gesamtumsatzvolumen entfallen etwa 83% auf den Dienstleistungsbereich, was im Jahre 1995 ca. 71 Milliarden DM entsprach[2]. Der Autor untersucht im einzelnen die Marktsituation auf den Endkundenmärkten, den Reselling- und Netzzugangsmärkten.

I. Einleitung

Eine nähere Eingrenzung der Märkte für Telekommunikations-Dienstleistungen hat auf der Basis der Definitionen des TKG[3] zu erfolgen. Nach § 3 Ziff. 16 und 17 TKG geht es bei TK-Dienstleistern um das gewerbliche Angebot von Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Aussenden, Übermitteln und Empfangen von Nachrichten jeglicher Art in der Form von Zeichen, Sprache, Bildern und Tönen mittels TK-Anlagen einschließlich des Angebots von Übertragungswegen für Dritte. Als grobe Unterscheidung und im ersten Zugriff auf eine sicherlich große Zahl von TK-Dienstleistungsmärkten wird vorgeschlagen, zwischen einem Gesamtmarkt für Dienstleistungen an Endverbraucher einerseits und solchen Märkten zu unterscheiden, auf denen Einrichtungen für die Erbringung dieser Dienstleistungen wie etwa Netze zur Verfügung gestellt werden[4]. Im ersten Fall könnte man vom Endnutzermarkt, im zweiten Fall vom Netzzugangs-Markt oder Dienstleister-Markt[5] sprechen. In beiden Fällen handelt es sich um „Gesamtmärkte", die für die Betrachtung nach § 22 GWB weiter zu unterteilen sind. Dabei bildet „Marktbeherrschung" das Aufgreifkriterium sowohl für die Kartellbehörden nach §§ 22, 26 Abs. 2 GWB[6] als auch für die Regulierungsbehörde gem. § 14 Abs. 1 und 2, § 18 Abs. 1, § 19 Abs. 2 und 3, § 24 Abs. 2, § 25 Abs. 1 und 2, § 32, § 33 Abs. 1 und 2, § 34 und § 35 TKG.

Die bundesdeutsche Kartellrechtspraxis kann nur auf einige wenige Entscheidungen zur Bestimmung der Gesamtmärkte für Telekommunikation zurückgreifen. In einer die neuen TK-Märkte betreffenden Entscheidung (AT & T, Unisource, DBKom mit Mannesmann und DB) hat das Bundeskartellamt sechs verschiedene TK-Teilmärkte unterschieden[7], darunter Märkte für terrestrische Übertragungswege (im folgenden: Festnetz-Übertragung), Sprachtelefondienst und Mobilfunk. Der beurteilte Zusammenschluß dient der mittelbaren Beteiligung von AT & T sowie Unisource (ehemalige staatliche Telefongesellschaften der Niederlande, Schwedens, der Schweiz und Spaniens) an den Aktivitäten der Mannesmann-Arcor, die unter Rückgriff auf das Telefonleitungsnetz der DB (frühere Bezeichnung: Basa) insbesondere im Bereich des Festnetzes der DT Konkurrenz macht.

Auffällig an der Unterscheidung des Bundeskartellamts, die sich an die Lizenzklassen-Aufteilung sowie an § 25 TKG anlehnt, ist die heterogene Sichtweise, wonach einerseits der Sprachtelefondienst als (me-

* Auf S. VIII erfahren Sie mehr über den Autor.

1 Vgl. *Bohla*, Wettbewerb durch private Anbieter, ET 1997, S. 778: 85 Milliarden DM (1995), 91 Milliarden DM (1996), 110 Milliarden DM (prognostiziert für 2000).

2 Vgl. *Bohla* (Fn. 1), S. 778.

3 TKG vom 25. 7. 1996, BGBl. I S. 1120.

4 *Lampert*, WuW 1998, 27, 30.

5 Übergreifend zu den ökonomischen Vorteilen von Netzen vgl. *C. C. v. Weizsäcker*, WuW 1997, 572, 573 ff. (Größenvorteile, Bündelungsvorteile, Distanzkostendegression und Produktionsvorteile durch Nachfrageglättung im Netz rechtfertigen aus ökonomischer Sicht die rechtliche Verpflichtung der Netzbetreiber, die Mitbenutzung durch Dritte zu dulden).

6 Vgl. § 2 Abs. 3 TKG: Keine Subsidiarität des GWB. Vgl. auch § 82 TKG: Verpflichtung zum Zusammenwirken von Regulierungsbehörde und Bundeskartellamt.

7 BKartA, WuW 1997, 414, 415: Märkte für terrestrische Übertragungswege, Sprachtelefondienst, kundenspezifische Pakete von TK-Diensten für Unternehmen, Mobilfunk, paketvermittelte Datenübertragung, Online-Dienste.