

Professor Dr. Thomas Hoeren, Münster

Das Telemediengesetz*

Am 18. 1. 2007 verabschiedete der Deutsche Bundestag das Telemediengesetz als Art. 1 des Gesetzes zur Vereinheitlichung von Vorschriften über bestimmte elektronische Informations- und Kommunikationsdienste (Elektronischer-Geschäftsverkehr-Vereinheitlichungsgesetz – EIGVG; BGBl I, 179). Das Gesetz hat es sich zur Aufgabe gemacht, die rechtlichen Anforderungen für elektronische Informations- und Kommunikationsdienste regeln sowie vereinheitlichen zu wollen, und ersetzt die alten Regelungen des Teledienstgesetzes und des Mediendienstestaatsvertrags für Internetdienste. Es regelt die Haftung für Internetprovider, allgemeine Informationspflichten beim E-Commerce und den Datenschutz im Internet. Im Folgenden wird gezeigt, dass das Gesetz im Grunde überholte Strukturen perpetuiert und in den Neuerungen für erhebliche Rechtsunsicherheit sorgen wird.

I. Gesetzgebungsverfahren

Die Geschichte des Gesetzes geht über Jahre zurück. Bereits 1997 verabschiedete der Bundestag das erste Teledienstegesetz¹, das unter anderem schon europaweit pionierhafte Regelungen zur Verantwortlichkeit von Internet Providern enthielt. Das Gesetzesprojekt stieß jedoch bei den Bundesländern auf verfassungsrechtliche Bedenken. Es war streitig, ob der Bund oder die Bundesländer für das Internet Regelungskompetenzen beanspruchen konnten². Der Bund verwies darauf, dass es sich bei dem Internet letztendlich um einen Telekommunikationsbereich handelt, der insofern auch in die Zuständigkeit des Bundes fiel. Die Länder vertraten vehement die Auffassung, dass es sich im Kern bei den Internetdiensten um Rundfunk bzw. rundfunkähnliche Dienste handle und reklamierten mit Berufung darauf eine entsprechende Zuständigkeit³. Die Streitfrage wurde bei einem legendären Treffen bei dem damaligen Bundeskanzler Kohl aus dem Weg geräumt, indem sowohl Bund wie auch die Bundesländer entsprechende Regelungen verabschiedeten. Der Bund schuf das erwähnte Teledienstegesetz (TDG), die Bundesländer den Mediendienste-Staatsvertrag (MStV)⁴. Bund und Länder verpflichteten sich, gleiche Inhalte für Informationsdienste in die jeweiligen Regelungen aufzunehmen. Diese Doppelung hielt auch noch an, als die Europäische Union in der so genannten EU-Richtlinie über bestimmte rechtliche Fragen des elektronischen Handels⁵ ein europaweit vereinheitlichtes Regime für die Verantwortlichkeit von Internet Providern und sonstige Verhaltenspflichten im Internet verabschiedete. Bund und Länder passten 2001

ihre entsprechenden Gesetze⁶ an die neuen EU-Regeln an, ohne allerdings die grundsätzliche Frage der Zuständigkeit für das Internet anzutasten.

Erst auf Grund der Föderalismusdiskussion war es möglich, die Fragestellung noch einmal aufzugreifen und Bund und Länder an einen Tisch zu bringen. Geschaffen wurde hier der neue Begriff der Teledienste, also eine Zusammenschau von Telediensten und Mediendiensten alten Zuschnitts. Im April 2005 wurde ein erster Entwurf einer ministeriellen Arbeitsgruppe bekannt. Dieser stieß jedoch auf heftige Kritik in der Öffentlichkeit, insbesondere im Hinblick auf die vorgeschlagenen Reformen im Datenschutzbereich. Die Kritik wurde jedoch im November 2005 veröffentlichten Referentenentwurf nicht aufgenommen. Es kam daraufhin zu heftigen Protesten insbesondere der großen deutschen Bürgerrechtsorganisationen und der Verabschiedung eines 60-seitigen Forderungskatalogs in Bezug auf die Datenschutzregelungen des Entwurfs (Januar 2006). Am 14. 6. 2006 stand der Regierungsentwurf⁷. Dieser Entwurf wurde als Art. 1 des Gesetzes zur Vereinheitlichung von Vorschriften über bestimmte elektronische Informations- und Kommunikationsdienste (Elektronischer Geschäftsverkehr-Vereinheitlichungsgesetz – EIGVG) von der Bundesregierung im August 2006 an den Bundesrat weitergeleitet⁸. Am 22. 9. 2006 nahm der Bundesrat zu dem Gesetzentwurf Stellung, das Gesetz darin als im Wesentlichen zufriedenstellend passieren lassen⁹. Das Bundeskabinett hat dazu am 25. 10. 2006 eine Gegenäußerung veröffentlicht¹⁰. Die erste Lesung des

- * Der Autor ist Direktor des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht der Universität Münster.
- 1 Gesetz über die Nutzung von Telediensten (Teledienstegesetz), Teil des Informations- und Kommunikationsdienstegesetzes v. 22. 7. 1997, BGBl I, 1870.
 - 2 S. dazu Engel-Flehsig/Maennel/Tettenborn, NJW 1997, 2983; Knothe, AfP 1997, 495.
 - 3 Zu den damaligen Abgrenzungsproblemen zwischen Telediensten, Mediendiensten und Rundfunk s. Hochstein, NJW 1997, 2977; Kröger/Moos, ZUM 1997, 462; dies., AfP 1997, 675.
 - 4 Zum MStV Kuch, ZUM 1997, 225; Engel-Flehsig, ZUM 1997, 231; Gounalakis, NJW 1997, 2993; Knothe, AfP 1997, 494; Rosnagel, NVwZ 1998, 1.
 - 5 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt v. 18. 11. 1998, KOM (1998) 586 endg., ABIEG Nr. L 178 v. 17. 6. 2000, S. 1; geänderter Vorschlag der Kommission v. 17. 8. 1999, KOM (1999) 427 endg.; s. dazu Moritz, CR 2000, 61; Landfermann, ZUM 1999, 795; Spindler, ZUM 1999, 775; Mankowski, GRUR 1999, 909; Tettenborn, K&R 1999, 442; ders., K&R 1999, 252.
 - 6 Das TDG ist als Teil des „Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr (Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz [EGG])“ v. 14. 12. 2001 veröffentlicht (vgl. BGBl I, 3721). Die Änderungen des Teledienstgesetzes durch Art. 1 sind gem. Art. 5 S. 1 am Tag nach der Verkündung – folglich am 21. 12. 2001 – in Kraft getreten.
 - 7 BT-Dr 16/3078. Zum Entwurf s. auch Bender/Kahlen, MMR 2006, 590, und Jandt, MMR 2006, 652.
 - 8 BR-Dr 556/06.
 - 9 BR-Dr 556/06.
 - 10 BT-Dr 16/3135.

Gesetzentwurf fand am 26. 10. 2006 im Bundestag statt; dort wurde das Gesetzeswerk endgültig am 18. 1. 2007 verabschiedet¹¹.

Das Telemediengesetz tritt erst dann in Kraft, wenn alle Bundesländer entsprechenden Änderungen des Rundfunkstaatsvertrags zugestimmt haben. Die dazu erforderlichen Änderungen im 9. Rundfunkstaatsvertrag (RStV) haben die Länder in der Ministerpräsidentenkonferenz vom 22. 6. 2006 bereits beschlossen. Es kann allerdings noch dauern, bis alle Länder die entsprechenden Änderungen gebilligt haben. Da das TMG keine Übergangsvorschriften kennt, muss die Internetwirtschaft sehr genau beobachten, wann das Gesetz in Kraft tritt. Am besten sollte man seine Internetpräsenz schon jetzt – etwa hinsichtlich der Informationspflichten – an die künftige Rechtslage anpassen.

II. Der neue Begriff des Telemediendienstes

1. Telemedien

Im Zentrum des neuen Gesetzes steht der Begriff des Telemediums. Die alten Regelungen unterschieden zentral zwischen Tele- und Mediendiensten. Teledienste waren vor allem Waren- und Dienstleistungsangebote, die im Netz abgerufen werden können. Mediendienste zeichneten sich vor allem durch eine besondere Meinungsrelevanz aus, etwa bei den redaktionell gestalteten Online-Angeboten von Nachrichtenmagazinen und Zeitungen.

Diese Differenzierung soll nun mit dem neuen Gesetz durch die einheitliche Wortwahl „Telemedien“ oder „Telemediendienste“ entfallen¹². Die Terminologie stammt aus dem Jugendschutz-Staatsvertrag¹³, der als erstes Gesetzeswerk einheitliche Regelungen für die damaligen Tele- und Mediendienste aufgestellt hat.

Unterschieden wird dann zwischen den wirtschaftsbezogenen Anforderungen an Telemedien und den inhaltsbezogenen Anforderungen. Die wirtschaftsbezogenen Anforderungen umfassen vor allem die Verantwortlichkeitsregelungen und das Herkunftslandprinzip. Diese sind im Telemediengesetz für alle betroffenen Angebote einheitlich geregelt. Die inhaltsbezogenen Anforderungen, etwa im Hinblick auf Impressumspflichten, journalistische Sorgfaltspflichten und das Gegendarstellungsrecht, ergeben sich aus der Neufassung des Rundfunkstaatsvertrags. Der gesamte Bereich des E-Commerce unterliegt hinsichtlich der Einhaltung der inhaltsbezogenen Anforderungen nünmehr der Aufsicht durch die Landesmedienanstalten. Insofern hat der Gesetzgeber aus der Konvergenz von Fernsehen und Internet-Angeboten die falschen Schlüsse gezogen; immer mehr Inhalte der neuen Dienste werden einer ebenso intensiven Inhaltsregulierung unterworfen, wie dies früher beim Rundfunk der Fall war.

2. Telekommunikationsdienste

Ausgenommen von dem Begriff des Telemediums sind zum einen Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 TKG¹⁴. Dabei handelt es sich nach der Definition des TKG um solche Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, einschließlich der Übertragungsdienste in Rundfunknetzen. Zu diesen Diensten zählen vor allem die Angebote von Access-Providern, so lange es nur um die reine Zugangsvermittlung im Bereich des Internets geht. Der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens ist als reine Transportleistung dem TKG unterworfen¹⁵. Bezogen auf Access-Provider muss also bei jeder einzelnen Dienstleistung eines solchen Anbieters genau geschaut werden, ob mehr die Transportleistung im Vordergrund steht oder der transportierte Inhalt.

In Bezug auf das Access-Providing ist jedoch die Gesetzesbegründung nicht konform mit der Regelung des TKG. Das TKG sieht als Telekommunikation einen Dienst, der „ganz oder überwiegend“ im Übertragen von Signalen über Telekommunikationsnetze besteht. Für Telekommunikationsrechtler ist damit das Accessproviding in den Anwendungsbereich des TKG einbezogen. In der Gesetzesbegründung zum TKG werden jedoch nur diejenigen Telekommunikationsdienste unter das TKG gestellt, die „ganz“ in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen¹⁶. Steht Telekommunikationsdienst „überwiegend“ in der Übertragung von Signalen, soll er zugleich Telekommunikationsdienst nach dem TKG und Telemediendienst sein. Die Begründung erwähnt in diesem Zusammenhang ausdrücklich den „Internet-Zugang“¹⁷ als Beispiel für einen solchen doppelfunktionalen Dienst. Insofern wird das Accessproviding-Geschäft künftig nicht einfacher, sondern regulatorisch schwieriger zu klassifizieren. Aus europarechtlichen Gründen¹⁸ sollen für Accessproviding das Herkunftslandprinzip, die Zulassungsfreiheit und die Haftungsprivilegierung gelten. Für alles weitere gilt jedoch auch das TKG noch zusätzlich.

Ausgenommen sind ferner vom Begriff des Telemediums telekommunikationsgestützte Dienste i. S. von § 3 Nr. 25 TKG. Darunter fallen Dienste, die keinen räumlich und zeitlich trennbaren Leistungsfluss auslösen, sondern bei denen die Leistung noch während der Telekommunikationsverbindung erfüllt wird. Dazu zählen Mehrwertdienste, etwa unter Verwendung von 0900-Rufnummern¹⁹. Diskutiert wurde während des Gesetzgebungsverfahrens, ob nicht auch Peer-to-Peer-Netzwerke telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 23 TKG sind und damit aus dem Anwendungsbereich des TMG fallen.

Schwierigkeiten hatte der Gesetzgeber auch mit der Einordnung der Internet-Telefonie (Voice over Internet)²⁰. Ein solcher VoIP-Dienst soll nicht unter den Begriff des Telemediendienstes fallen. Es bestehe kein relevanter Unterschied zum normalen Telefonieren. Insofern müssten hier auch die gleichen Regeln wie für herkömmliche Sprachtelefonie gelten²¹. Im Übrigen erwähnt die Gesetzesbegründung²² als Beispiele für Telemediendienste die Online-Angebote von Waren und Dienstleistern mit unmittelbarer Bestellmöglichkeit, einschließlich der elektronischen Presse, News-Clubs, Chatrooms oder Teleshopping²³. Auch Internet-Suchmaschinen

11 S. auch die sehr instruktive Diskussion im Wirtschaftsausschuss des Bundestags am 11. 12. 2006 und die dazu gehörigen Expertenstellungen, http://www.bundestag.de/ausschuesse/a09/anhoeerungen/5_Anhoeerung/Stellungnahmen/index.html.

12 Das Gesetz ist terminologisch nicht sauber; im RegE finden sich beide Formulierungen.

13 Staatsvertrag über den Schutz der Menschenwürde und den Jugendschutz in Rundfunk und Telemedien (Jugendmedienschutz-Staatsvertrag – JMSStV) v. 10.–27. 9. 2002. Ähnlich auch das Jugendschutzgesetz v. 23. 7. 2002, BGBl I, 2730.

14 Diese Abgrenzungsfrage ist nicht neu; s. *Gersdorf*, AfP 1997, 424; *Scherer*, AfP 1996, 213.

15 S. *Wittern/Schuster*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Aufl. (2006), § 3 Rdnr. 49.

16 BT-Dr 16/3078, S. 17.

17 BT-Dr 16/3078, S. 17.

18 BT-Dr 16/3078, S. 17.

19 *Schuster/Piepenbrock/Schütz*, in: Beck'scher TKG-Komm. (o. Fußn. 15), § 3 Rdnr. 51.

20 Dazu grdl. *Bonnekob*, Voice over IP, 2007, insb. S. 72 f.; *Meinberg/Grabe*, K&R 2004, 409.

21 BT-Dr 16/3078, 17 f. Anders noch der erste RefE v. 19. 4. 2005, der Internet-Telefonie auch dem TMG unterwerfen wollte.

22 BT-Dr 16/3078, S. 18.

23 Letzteres ist rätselhaft; Teleshopping wurde bislang als Rundfunk angesehen. Anders jetzt aber ausdrücklich § 2 I Nr. 4 des neuen RStV, der Teleshopping ausdrücklich zu einem Telemediendienst erklärt.

sind als Online-Dienste anzusehen, natürlich auch die kommerzielle Versendung von Werbemails.

3. Rundfunk

Ausgenommen ist schließlich auch der Bereich des Rundfunks i. S. von § 2 des Rundfunkstaatsvertrags²⁴. Dabei sollen Fernseh- und Radiotext sowie Teleshoppingkanäle als Telemedien anzusehen sein, wie sich aus § 2 I 4 des geänderten 9. Rundfunkstaatsvertrags ergibt. Zu dem Bereich des Rundfunks gehören damit alle für die Allgemeinheit bestimmten Veranstaltungen und Verbreitungen von Darbietungen aller Art unter Benutzung elektromagnetischer Schwingungen ohne Verbindungsleitung oder längs oder mittels eines Leiters. Nicht als Telemediendienste, sondern als Rundfunk sollen nach der Begründung des TMG anzusehen sein

- der herkömmliche Rundfunk,
- Live-streaming (zusätzliche parallele/zeitgleiche Übertragung herkömmlicher Rundfunkprogramme über das Internet) und
- Webcasting (ausschließliche Übertragung herkömmlicher Rundfunkprogramme über das Internet).

Weitere Probleme tauchen auf bei der Klassifizierung des Video-on-Demand. Dies soll grundsätzlich ein Telemediendienst sein, es sei denn, es handle sich um einen Fernsehdienst (Seite 18 der Gesetzesbegründung). Entscheidend für die Abgrenzung sei die Möglichkeit des Empfangs durch die Allgemeinheit. Erfolge der Video-on-Demand Dienst auf individuellen Abruf eines Dienstleistungsempfängers, handle es sich um einen Telemediendienst, ansonsten um Rundfunk²⁵. Die Terminologie und Einstufung entspricht nicht den Konzeptionen, die derzeit in Brüssel unter dem Stichwort Revision der Richtlinie Fernsehen oder Grenzen diskutiert werden. Dort wird zentral auf audiovisuelle Mediendienste als Begriff abgestellt²⁶.

III. Die allgemeinen Informationspflichten

1. Allgemeine Informationspflichten

Der Gesetzgeber hat zunächst einmal die Adressaten für die Informationspflichten präzisiert. Es hat sich in der Vergangenheit anlässlich zahlreicher Massenabmahnverfahren gezeigt, dass es unglücklich war, auch private Informationsanbieter an die Informationspflichten des TDG zu binden²⁷. Das TMG stellt nun in § 5 I auf „geschäftsmäßige, in der Regel gegen Entgelt angebotene“ Telemedien ab. Der Begriff der Geschäftsmäßigkeit ist als solcher nicht klar konturiert. Er bezog sich schon im alten TDG auf jedwede Aktivität, die auf Dauer ausgerichtet ist, unabhängig von einer Gewinnerzielungsabsicht. Der Gesetzgeber hat nun im TKG hinzugefügt, dass es sich bei den geschäftsmäßigen Telemedien um solche handeln müsse, die in der Regel gegen Entgelt angeboten werden. Der Gesetzgeber verweist in der Begründung darauf, dass dies den Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie entspreche (Seite 19 der Gesetzesbegründung). Entgeltlichkeit verweise auf die Notwendigkeit der Einforderung wirtschaftlicher Gegenleistungen. Ausdrücklich verweist die Begründung darauf, dass private Homepages, die keine Dienste bereitstellen, die sonst nur gegen Entgelt verfügbar seien, nicht mehr den Informationspflichten des Telemediengesetzes unterliegen; Ähnliches gelte für Informationsangebote von Idealvereinen (Seite 19 f. der Gesetzesbegründung). Noch deutlicher präzisiert der künftige Rundfunkstaatsvertrag in § 55 I die Informationspflichten und bezieht sie nur auf Anbieter von Telemedien, die nicht ausschließlich persönlichen oder familiären Zwecken dienen. Ansonsten ist die Liste der Informationspflichten nicht überarbeitet worden.

Zu nennen sind Name und ladungsfähige Anschrift des Diensteanbieters ebenso wie bei juristischen Personen zusätzlich der Vertretungsberechtigte. Zu nennen sind ferner Angaben zur Ermöglichung einer schnellen elektronischen Kontaktaufnahme und unmittelbaren Kommunikation (§ 5 I Nr. 2). Dabei wird die Frage offengelassen, ob zu diesen Pflichtangaben auch die Angabe einer Telefonnummer gehört, was zwischen den Obergerichten in Deutschland streitig ist²⁸. Im Übrigen sieht § 5 die Verpflichtung vor, neben der Anbieterkennzeichnung auch die Wirtschafts-Identifikationsnummer aufzunehmen. Die Wirtschafts-Identifikationsnummer wurde mit dem Steuerrechtsänderungsgesetz 2003 eingeführt. Hiernach muss jeder Steuerpflichtige über ein bundeseinheitliches Identifikationsmerkmal, nämlich eine Identifikationsnummer verfügen. Diese wird bei wirtschaftlich Tätigen als „Wirtschafts-Identifikationsnummer“ bezeichnet (§ 139 c AO). Diese Identifikationsmerkmale sollen von den Meldebehörden erfasst und mit den Steuerbehörden abgeglichen werden. Insofern erweitert sich der Adressatenkreis der Informationspflicht. Wer eine Umsatzsteueridentifikationsnummer hat, kann und muss diese oder wahlweise die Wirtschaftsidentifikationsnummer angeben. Wer nicht umsatzsteuerpflichtig ist, muss zumindest seine Wirtschaftsidentifikationsnummer angeben – das ist neu.

2. Informationspflichten im Rundfunkstaatsvertrag

Auch der Rundfunkstaatsvertrag enthält für Telemedien Informationspflichten (§ 55 I RStV). Erstaunlicherweise ist die Regelung dort sehr viel knapper gehalten als das Pendant im TMG. So werden nur Name, Anschrift und Vertretungsberechtigter erwartet; Hinweise zu Pflichtangaben über Kontaktmöglichkeiten, Aufsichtsbehörden oder Handelsregisternummern finden sich nicht. Die Frage ist daher, wie sich § 55 I RStV zu § 5 I TMG verhält. Eigentlich ist § 55 I RStV neben § 5 I TMG überflüssig. Da es sich bei allen Internetdiensten im Grundsatz um Telemediendienste handelt, bestimmen sich die Informationspflichten primär nach § 5 I TMG. Aufsichtsrechtlich ist die Doppelregelung im Rundfunkstaatsvertrag allerdings insoweit wichtig, als auf dieser Grundlage nunmehr die Landesmedienanstalten als Aufsichtsbehörden die Einhaltung dieser Informationspflichten überwachen können und müssen.

Bei den Informationspflichten kommt als besondere Schwierigkeit noch hinzu, dass § 55 II RStV nunmehr auch für alle Telemedien mit journalistisch-redaktionell gestalteten, periodischen Angeboten die Einführung einer Impressumspflicht vorsieht. Damit wird die alte Unterscheidung zwischen Telediensten und Mediendiensten eigentlich wieder herausgenommen. Denn nunmehr muss geklärt werden, ob es sich bei einem bestimmten Dienst um einen normalen Telemediendienst oder einen solchen handelt, bei dem journalistisch-redaktionell gestaltete Inhalte zu finden sind und in periodischer Folge Texte verbreitet werden. So dürften Weblogs und elektronische Tagebücher im Netz wohl dieser Impressumspflicht unterliegen, ohne dass diese automatisch die typischen Privilegien journalistischer Arbeit (wie Schweigepflichten, Zugangsrechte etc.) in Anspruch nehmen können.

24 Zur Abgrenzungsfrage schon *Bullinger*, AfP 1996, 1; *ders.*, JZ 1996, 385; *Hochstein*, NJW 1997, 2977; *Michel*, ZUM 1998, 351; *Müller-Using/Lücke*, ArchivPT 1995, 32; *Ring*, ZUM 1998, 358.

25 Seite 18 mit Verweis auf Mediakabel-Entscheidung, *EuGH*, EuZW 2005, 470 = NJW 2005, 3056 L.

26 S. den Vorschlag der EU-Kommission v. 13. 12. 2005, KOM 646 final.

27 S. *Schulte/Schulte*, NJW 2003, 2140.

28 Ausdrücklich ist die Telefonnummer im Gesetzestext nicht erwähnt; nur in der Gesetzesbegründung findet sich ein entsprechender Hinweis darauf. Es ist daher streitig, ob die Angabe einer Telefonnummer wirklich erforderlich ist. Die Pflicht zur Angabe der Telefon- oder Faxnummer wird bejaht von *OLG Köln*, NJW-RR 2004, 1570 = MMR 2004, 412, und abgelehnt von *OLG Hamm*, NJW-RR 2004, 1045 = MMR 2004, 549.

3. Informationspflichten bei kommerzieller Kommunikation

Weitere Informationspflichten sieht § 6 TMG vor. Diese Informationspflicht besteht nur in Bezug auf kommerzielle Kommunikation (ein Begriff, der aus der Brüsseler Kriminologie stammt). Der Begriff ist nicht selbst-evident; auch die Lektüre der Legaldefinition in § 2 Nr. 5 TMG gibt keinen Aufschluss darüber, ob darunter auch Anfragen von Meinungsforschungsinstituten zu subsumieren sind. Die entsprechenden Regelungen des TMG entsprechen 1:1 den Vorgaben des TDG. Neu ist allerdings die Informationspflicht für das Spamming²⁹. Hiernach ist in § 6 II TMG vorgesehen, dass in der Kopf- und Betreffzeile von E-Mail-Werbung weder der Absender noch der kommerzielle Charakter der Nachricht verschleiert oder verheimlicht werden darf. Die entsprechende Ordnungsvorschrift ist mit einem Ordnungsgeld bis zu 50 000 Euro bewehrt (§ 16 I TMG). Ein Verschleiern oder Verheimlichen soll dann vorliegen, wenn die Kopf- und Betreffzeile absichtlich so gestaltet wird, dass der Empfänger vor Einsichtnahme in den Inhalt der Kommunikation keine oder irreführende Informationen über die Identität des Absenders oder den kommerziellen Charakter der Nachricht erhält. Die Identifizierung soll den Einsatz von Spamschutz-Programmen erleichtern. Als Beispiel erwähnt die Gesetzesbegründung die falschen Angaben seitens offizieller Stellen (z. B. Staatsanwaltschaft München)³⁰. Auch komplett fehlende Angaben zur Identität des Versenders sollen unter das Verbot fallen, ebenso wie falsche Angaben zum kommerziellen Charakter („letzte Mahnung“ oder „Ihr Strafverfahren Aktenzeichen X/Y“)³¹. Ausgenommen werden sollen Bagatelldfälle, etwa wenn kleine Unternehmen versehentlich irreführende Angaben machen³².

Diese Vorschrift ist sowohl vom Regelungszweck wie auch von den Regelungsdetails bizarr. Spammer stammen typischerweise nicht aus Deutschland, sondern aus Ländern mit niedrigem oder gar nicht vorhandenem Schutzniveau, was die Frage des Spamming angeht. Es dürfte kaum möglich sein, die entsprechende Informationspflicht bei solchen Anbietern etwa mit Sitz in der Ukraine oder auch nur im EU-Land Zypern durchzusetzen. Da ein vergleichbarer Straftatbestand im internationalen Raum fehlt, sind Rechtshilfeersuche nicht erfolgversprechend. Außerdem wird eine zuständige Bußgeldbehörde im Gesetz nicht definiert.

Hinzu kommt, dass abgestellt wird auf die „Absicht“. Damit besteht immer noch die Möglichkeit, dass jemand auf technische Probleme bei der Gestaltung einer E-Mail hinweist und sich damit dem Vorwurf eines Regelverstößes entziehen kann. Ferner könnte eine solche Regelung sogar zu dem fälschlichen Eindruck führen, dass bei Einhaltung der Informationspflicht Spamming nunmehr generell erlaubt sei. Dem ist allerdings überhaupt nicht so, wie man dem Gesetz allerdings nur schwer entnehmen kann. Der einzige Hinweis ist § 6 III TMG, der darauf hinweist, dass die Vorschriften des UWG unberührt bleiben. Ein Spammer braucht also auf jeden Fall die Einwilligung des Betroffenen und muss zusätzlich die entsprechende Identifizierungspflicht erfüllen. Die Frage ist dann aber, wem mit einer solchen Informationspflicht geholfen ist. Der Betroffene hat nichts davon, nunmehr genau zu wissen, wer ihm eine entsprechende Spam geschickt hat. Er benötigt eigentlich eine zentrale Markierung der E-Mail, die es ihm erlaubt, automatisiert Spams auszufiltern. Genau eine solche zentralisierte Identifizierungspflicht sieht § 6 II TMG nicht vor. Insofern wird § 6 II TMG nichts bringen. Es handelt sich nicht um ein Anti-Spamming Gesetz, sondern um ein Pro-Spamming-Gesetz.

IV. Der Datenschutz bei Telemedien

1. Grundsätzliches

In Abschnitt 4 des Telemediengesetzes wird ausführlich der Bereich des Datenschutzes geregelt. Der Teil ist allerdings eine Enttäuschung. Hier werden nur die Bestimmungen des alten Teledienst Datenschutzes 1:1 übernommen³³. Die Chance für eine grundsätzliche Reform des Internet-Datenschutzes ist damit vertan. Die Bestimmungen haben insofern auch den gleichen Anwendungsbereich wie das alte TDDSG. Sie gelten nicht für die Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten der Nutzer, soweit es um die Nutzer solcher Dienste im Dienst- und Arbeitsverhältnis geht (§ 11 I 1 Nr. 1 TMG). Ferner gelten die Bestimmungen nicht für die Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten innerhalb von oder zwischen nicht öffentlichen Stellen oder öffentlichen Stellen, sofern dies ausschließlich zur Steuerung von Arbeits- und Geschäftsprozessen erfolgt (§ 11 I 1 Nr. 2 TMG). Im Übrigen ist daher die Abgrenzung zum Bundesdatenschutzgesetz weiterhin unklar. Insbesondere wenn jemand neben den Daten von Internetnutzern auch personenbezogene Daten Dritter braucht (etwa bei einem Online-Geschenkenservice), kann es zu Überschneidungen zwischen dem BDSG und §§ 11 ff. TMG kommen³⁴. Klargestellt worden ist allerdings in § 11 II TMG, dass Nutzer und damit datenschutzrechtlich angesprochener Adressat nur eine natürliche Person sein kann (§ 11 II TMG). Damit ist ein alter Streit im Rahmen des TDDSG 1997 beendet, das einige Stimmen auch auf die Daten juristischer Personen anwenden wollten³⁵.

Erstaunlich ist dann die Abweichung von der Terminologie des BDSG, was den Begriff der „Verwendung“ angeht. Das BDSG spricht von der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten; ähnliche Begriffe befanden sich im TDDSG. Ohne Not weicht nunmehr das neue Gesetz von dieser Begrifflichkeit ab und spricht im Allgemeinen von der öffentlichen Verwendung als rechtliche.

2. Änderungen

Geändert haben sich auch einzelne Details bei den datenschutzrechtlichen Grundsätzen für die Datenverwendung (§ 12 TMG). Im Grundsatz bleibt es erst einmal bei der alten Datenschutzstruktur, wonach eine Verwendung personenbezogener Daten grundsätzlich verboten ist. Nur ausnahmsweise ist eine solche Verwendung zulässig, wenn der Nutzer eingewilligt hat oder soweit eine gesetzliche Ermächtigung vorliegt. Diese Ermächtigung wird allerdings jetzt im TMG dahingehend präzisiert, dass sich die Ermächtigung entweder nur aus dem TMG oder aus einer anderen Vorschrift ergeben kann, „die sich ausdrücklich auf Telemediendienste“ bezieht.

Falsch im Abschnitt über die Pflichten des Diensteanbieters (§ 13 TMG) platziert ist die Regelung in § 13 II TMG, wonach die Einwilligung auch elektronisch erklärt werden kann. Eine elektronische Einwilligung kann nur erklärt werden, wenn der Diensteanbieter sicherstellt, dass der Nutzer seine Einwilligung bewusst und eindeutig erteilt hat, die Einwilligung protokolliert wird, der Nutzer den Inhalt der Einwilligung jederzeit abrufen kann und der Nutzer die Einwilligung jederzeit mit

²⁹ Die Regelung stammt aus einem Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen für ein Zweites Gesetz zur Änderung des Teledienstgesetzes (Anti-Spam-Gesetz), BT-Dr 16/1436.

³⁰ BT-Dr 16/3078, S. 21.

³¹ BT-Dr 16/3078, S. 21.

³² BT-Dr 16/3078, S. 21.

³³ Zur komplexen Struktur des Teledienst Datenschutzes s. *Dix*, Datenschutz im Internet, 2006; *Patzal*, Datenschutzrecht für den E-Commerce, 2006.

³⁴ Hierzu die berechtigte Kritik von *Jandt*, MMR 2006, 652.

³⁵ S. § 2 Nr. 2 TDDSG 1997, wonach der Begriff des Nutzers natürliche oder juristische Personen oder Personenvereinigungen, die Teledienste nachfragen, bezeichnet.

Wirkung für die Zukunft widerrufen kann. Diese Regelung, die sich im Kern auch schon im alten TDDSG (s. § 4 II) fand, ist unnötig kompliziert und hat dazu geführt, dass elektronische Einwirkungen typischerweise nicht in der Internetpraxis vorkamen. Damit kam es auch dazu, dass im Internet eine Fülle von Einwilligungserklärungen grassierten, die streng genommen nicht den Vorgaben des Datenschutzrechtes entsprachen. Die Frage bleibt, warum der Gesetzgeber so restriktiv mit der Einwilligung in elektronischer Form umgeht³⁶.

3. Bestandsdaten und § 14 TMG

Für größten Unmut hat dann die Regelung in § 14 TMG im Hinblick auf die Verwendung von Bestandsdaten gesorgt. Zu den Bestandsdaten zählen nach der Legaldefinition des § 14 I TMG die Daten, die für die Begründung, inhaltliche Ausgestaltung oder Änderung eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Dienst der Anbieter und dem Nutzer über die Nutzung von Telemedien erforderlich sind. Dazu zählen unter anderem auch Kenn- und Passwörter, IP-Nummer, Zahlungsdaten (Konto- oder Kreditkartennummer) und Leistungsmerkmale des Nutzersystems. Streitpunkt ist die Regelung in § 14 II TMG, die sehr weitgehende Auskunftsmöglichkeiten hinsichtlich der Bestandsdaten vorsieht³⁷. Hier nach darf der Diensteanbieter auf Anordnung der zuständigen Stellen im Einzelfall Auskunft über Bestandsdaten erteilen, soweit dies für Zwecke der Strafverfolgung erforderlich ist.

Das Wort „darf“ bedeutet im Übrigen nicht, dass es im Ermessen des Diensteanbieters liegt, ob er einem Auskunftsersuchen der Sicherheitsbehörden Folge leisten will oder nicht. § 14 TMG ist im Lichte der Auskunftsverpflichtungen zu interpretieren, die sich in den jeweiligen Spezialgesetzen finden³⁸. Zu erwähnen sind hier vor allem die geplanten Änderungen des Urheber-, Patent- und Markengesetzes infolge der Umsetzung der EU-Enforcement-Richtlinie³⁹, die zu stark erweiterten Auskunftspflichten der hier angesprochenen Host-Provider führen wird. Schon ist die Rede von der so genannten eBay-Klausel, die Host-Provider, Auktionshäuser, Forenbetreiber etc. dazu verpflichte, für private und öffentliche Zwecke personenbezogene Daten zu sammeln und User bei Verdacht auf Rechtsbrüche zu bespitzeln. Vom Wortlaut der Vorschrift ist die Regelung jedoch nicht als Eingriffsgrundlage konzipiert, anders als zum Beispiel § 113 TKG. § 14 II TMG ist wohl eher eine Übertragung von § 113 TKG auf Anbieter von Telemedien. De facto wird ein Diensteanbieter jedoch eine Herausgabe der einmal gesammelten Daten kaum verweigern, zumal die Ermittlungsbehörden auf Widerstand hin sofort die Durchsuchung und Konfiszierung der Server androhen.

Auch die sprachliche Formulierung der Regelung ist missglückt. Ein „geistiges Eigentum“ gibt es nicht; es handelt sich hier um eine rechtspolitische Terminologie des 19. Jahrhunderts, die in der immaterialgüterrechtlichen Forschung seit langem als obsolet gilt⁴⁰. Dementsprechend unkonturiert ist der Begriff inhaltlich. So bleibt unklar, ob unter den „Rechten am geistigen Eigentum“ auch der ergänzende Leistungsschutz nach §§ 3, 4 Nr. 9 UWG zu rechnen ist. Fatal ist die Gleichsetzung von Strafverfolgungsinteressen, Sicherheits- und Verfassungsinteressen und privatem Schutzinteresse in Bezug auf die Einhaltung urheber- und patentrechtlicher Vorgaben. Im alten TDDSG war eine Auskunftsmöglichkeit nur vorgesehen im Hinblick auf Strafverfolgungsbehörden und entsprechende Gerichte (§ 5 S. 2 TDDSG). Dabei macht auch schon der Hinweis auf die „Anordnung“ Probleme, da solche Anordnungen typischerweise nur durch eine öffentliche Stelle erfolgen können.

4. Besonderheiten bei Access-Providern

Ergänzend – und um die Sache komplizierter zu machen – gelten für Access-Provider zusätzliche Besonderheiten (§ 11 III TMG). Wie oben festgestellt, unterliegen diese Dienste sowohl dem Telemediengesetz als auch dem Telekommunikationsrecht.

Datenschutzmäßig unterliegen diese Anbieter auch den Datenschutzbestimmungen des TKG. § 11 III TMG stellt dementsprechend klar, dass nur bestimmte Datenschutzvorschriften des TMG zusätzlich auf solche Anbieter angewendet werden können, nämlich das Koppelungsverbot (§ 12 III TKG), die Möglichkeiten der Datenverarbeitung zur Bekämpfung von missbräuchlichen Nutzungen (§ 15 VIII TKG) und die dazugehörigen Sanktionen (§ 16 II Nrn. 2 und 5 TKG).

5. Datenschutz im Rundfunkstaatsvertrag

Zusätzlich zu beachten sind die Vorgaben des Datenschutzrechts nach dem Rundfunkstaatsvertrag (§ 57 RStV). Der Staatsvertrag sieht bei journalistisch-redaktionellen Zwecken Besonderheiten datenschutzrechtlicher Art vor. Dabei ist der Begriff der journalistisch-redaktionellen Zwecke nicht näher konturiert worden. Es besteht hier enormer Klärungsbedarf, was die Abgrenzung zwischen klassischem Journalismus und dem Weblogging angeht. Das Gesetz spricht genauer von „Unternehmen und für das Unternehmen der Presse als Anbieter von Telemedien“. Aber auch das Weblogging geschieht in Unternehmensstrukturen; die Abgrenzung ist daher unklar. Bei einem solchen Presseunternehmen sollen nur wenige Vorschriften des BDSG zum Tragen kommen. Im Umkehrschluss kommen dann die Vorgaben des TMG sowie des Rundfunkstaatsvertrags nicht mehr zur Anwendung.

V. Haftung & Co.

Im Übrigen bleibt alles beim Alten. So wurden zum Beispiel alle bisherigen Regelungen des alten Teledienstgesetzes zur Haftung identisch übernommen, obwohl es dazu viele Diskussionen gegeben hatte. So sorgt die Ricardo-Entscheidung des BGH für Unruhe, wonach die Hosting-Regelungen des TDG für den Schadensersatzanspruch, nicht aber für den Unterlassungsanspruch gelten. Damit komme eine Haftung der Beklagten als Störerin in Betracht. Hieraus leite sich ab, dass ein Online-Auktionshaus bei Bekanntwerden einer Markenverletzung nicht nur das konkrete Angebot unverzüglich sperren, sondern auch Vorsorge dafür treffen müsse, dass es nicht zu weiteren entsprechenden Markenverletzungen komme. Einen Schadensersatzanspruch gegen den Betreiber hat der BGH allerdings verneint⁴¹. Diese Leitlinien hat die instanzgerichtliche Rechtsprechung aufgegriffen und zu einer verstärkten Haftung von Internet-Intermediären ausgebaut. Dies gilt etwa für die Haftung für Forenbetreiber⁴² oder für Suchmaschinenbetreiber, die immer wieder dazu angehalten werden, bestehende Links zu entfernen. Von all dem findet sich im Gesetz oder in der Gesetzesbegründung nichts. All die verschiedenen Reformvorschläge, lanciert von eBay bis zu Bitkom, sind am Gesetzgeber vorbeigegangen. Auch die Tatsache, dass die Europäische Kommission im Rahmen der

36 S. hierzu auch *Zscherpe*, MMR 2004, 723.

37 Nicht übernommen wurde vom Bundestag allerdings die Forderung von Bundesregierung und Bundesrat, Anbieter von Tele- und Mediendiensten auch für vorbeugende Bekämpfung von Straftaten Bestands- und Nutzungsdaten sammeln zu lassen.

38 So die Stellungnahme der BReg. auf eine entsprechende Kritik des Bundesrats, BR-Dr 16/3135, S. 2.

39 EU-Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29. 4. 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABIEU Nr. L 157 v. 30. 4. 2004, S. 45. *Frey/Rudolph*, ZUM 2004, 522 (525); *Kitz*, GRUR 2003, 1014.

40 S. *Rehbinder*, UrheberR, 14. Aufl. (2006), Rdnrn. 21 ff.

41 BGH, NJW 2004, 3102.

42 So z. B. die Entscheidung des OLG Hamburg, MMR 2006, 744, in Sachen Heise-Forum. In dieselbe Richtung bzgl. der Linkhaftung LG München I, GRUR-RR 2005, 214 = CR 2005, 460 m. Anm. *Lejeune* = MMR 2005, 385 m. Anm. *Hoeren*; OLG München, GRUR 2005, 1034 = MMR 2005, 768.

derzeitigen Evaluation der Haftungsbestimmungen der E-Commerce-Richtlinie selber an eine Änderung der umstrittenen Bestimmungen denkt⁴³, hat Berlin nicht nachdenklicher gestimmt.

VI. Es bleibt beim Alten

Nichts Neues unter der Sonne – so die generelle Analyse bei der Lektüre des TMG. Der Gesetzgeber blieb konservativ und restaurativ. Man merkt dem Gesetz an vielen Stellen an, dass es sich um ein ungeliebtes Projekt handelte, das eigentlich noch aus der früheren 15. Legislaturperiode stammte und auf Druck der SPD-Fraktion ohne weitere Diskussion

neu und schnell in den Bundestag eingebracht worden ist. Die einzigen neuen Regelungen zum Spamming sind zahnlose Tiger. Statt des alten Regelungschaos rund um Tele- und Mediendienste droht nun ein noch viel komplexeres Regelungschaos rund um die Abgrenzung von Telemedien zu Rundfunk und Telekommunikation. Und im Detail, etwa bei der Pflicht zur Abgabe der Wirtschaftsidentifikationsnummer, stecken Neuerungen, die zu Lasten der Internetwirtschaft die Rechtsunsicherheit deutlich erhöhen werden. ■

43 S. dazu die Tätigkeit der EU-Expertengruppe, ABIEG Nr. L 282 v. 26. 10. 2005, S. 20.

Wiss. Mitarbeiterin Dr. Frauke Brosius-Gersdorf, LL. M., Potsdam

Das Kuckucksei im Familiennest – Erforderlichkeit einer Neuregelung der Vaterschaftsuntersuchung*

Am 13. 2. 2007 hat das BVerfG sein lang erwartetes Urteil zu heimlichen Vaterschaftstests verkündet (NJW 2007, 753). Die Kernaussagen des Urteils lassen sich in drei Sätzen zusammenfassen, mit denen das BVerfG Familienverfassungsrechtsgeschichte schreibt: Der Gesetzgeber hat es unter Verletzung seiner Schutzpflicht für das Persönlichkeitsrecht des rechtlichen Vaters unterlassen, ein rechtsförmiges Verfahren bereitzustellen, in dem die Abstammung des Kindes geklärt werden kann, ohne die Vaterschaft anfechten zu müssen. Ein solches Verfahren der isolierten Vaterschaftsfeststellung muss bis zum 31. 3. 2008 geregelt werden. Gleichwohl entspricht es dem Grundgesetz, dass die Gerichte die Verwertung heimlich eingeholter genetischer Abstammungsgutachten im Verfahren der Vaterschaftsanfechtung abgelehnt haben.

I. Das Urteil des BVerfG – ein Paukenschlag

Das BVerfG hat mit dieser Entscheidung einen großen Schritt zur Stärkung der Rechte von Vätern unternommen. Es hat das persönlichkeitsrechtlich fundierte Abstammungskennntnisinteresse des Vaters mit den Grundrechten des Kindes und der Mutter abgewogen und ist zu einem sorgsam austarierten, gerechten Ergebnis gekommen. Weil der Gesetzgeber diesen Güterausgleich bislang versäumt hat, hat ihm das BVerfG die Eckpunkte einer gesetzlichen Neuregelung der Vaterschaftsuntersuchung ins Stammbuch geschrieben.

Der Entscheidung des BVerfG liegt die Verfassungsbeschwerde eines juristischen Kindesvaters zu Grunde, der sich gegen die Zurückweisung seiner Vaterschaftsanfechtungsklage durch die Fachgerichte¹ zur Wehr setzte. Der Beschwerdeführer hatte die Vaterschaft für ein Kind kurz nach dessen Geburt im Jahr 1994 anerkannt. Als er Jahre später erfuhr, dass seine Zeugungsfähigkeit um 90% vermindert ist, focht er seine Vaterschaft 2001 erstmals an. Die Anfechtungsklage blieb erfolglos². Daraufhin ließ er seine Vaterschaft heimlich, ohne Zustimmung und Wissen des Kindes und der Mutter, gendiagnostisch untersuchen. Die Untersuchung ergab, dass das Kind mit 100%iger Sicherheit nicht von ihm abstammt. Die auf die DNA-Analyse gestützte erneute Vaterschaftsanfechtungsklage wurde abermals abgewiesen; die Fachgerichte erklärten das heimliche Abstammungsgutachten im Anfechtungsverfahren für unverwertbar³.

Das BVerfG gab der hiergegen gerichteten Verfassungsbeschwerde teilweise statt. Die Urteilsbegründung unterteilt

sich in drei zentrale Aussagen: Der Gesetzgeber habe es versäumt, ein Verfahren bereitzustellen, mit dem der rechtliche Vater die Abstammung „seines“ Kindes feststellen kann, ohne eine Statusänderung herbeizuführen⁴. Das Persönlichkeitsgrundrecht des rechtlichen Vaters verbürge das Recht zu wissen, ob „sein“ Kind von ihm abstammt. Dies umfasse die Möglichkeit, die Abstammung in einem rechtsförmigen Verfahren klären zu lassen⁵. Dieses Kennntnisrecht des Vaters gehe dem Persönlichkeitsrecht der Mutter vor⁶ und genieße grundsätzlich Vorrang vor dem Persönlichkeitsrecht des Kindes⁷.

In einem zweiten Schritt legt das BVerfG dar, dass das Verfahren der Vaterschaftsanfechtung wegen seines überschießenden Ziels der rechtlichen Trennung vom Kind und der darauf beruhenden erhöhten Verfahrensanforderungen dem Recht des Mannes auf bloße Kenntnis der Abstammung des Kindes nicht gerecht werde⁸.

Trotz der verfassungswidrigen Gesetzeslage bestätigt das BVerfG die Entscheidungen der Fachgerichte, dass heimlich eingeholte Abstammungsgutachten im gerichtlichen Verfahren der Vaterschaftsanfechtung unverwertbar seien. Die Verschaffung und Untersuchung von Genmaterial des Kindes ohne seine Einwilligung verletze sein informationelles Selbstbestimmungsrecht⁹.

II. Heimliche Vaterschaftstests – eine Folge der defizitären Gesetzeslage

Der Fall, über den das BVerfG entschieden hat, spiegelt eindrucksvoll wider, weshalb heimliche Vaterschaftstests in

* Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Potsdam, Lehrstuhl für Europäisches und Deutsches Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Sozialrecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht. – Zugleich Besprechung von BVerfG, NJW 2007, 753.

1 AG Hildesheim, Urt. v. 4. 3. 2003 – 37 F 37 525/02 Kl; OLG Celle, NJW 2004, 449; BGH, NJW 2005, 497.

2 BVerfG, NJW 2007, 753 (Umdruck Rdnr. 11).

3 BVerfG, NJW 2007, 753 (Umdruck Rdnrn. 12 ff.).

4 BVerfG, NJW 2007, 753 (753 Rdnr. 55, 758 Rdnr. 97).

5 BVerfG, NJW 2007, 753 Rdnrn. 58 ff.

6 BVerfG, NJW 2007, 753 (756 Rdnrn. 76 f.).

7 BVerfG, NJW 2007, 753 (755 Rdnrn. 70 ff.).

8 BVerfG, NJW 2007, 753 (757 Rdnrn. 85, 88).

9 BVerfG, NJW 2007, 753 (758 Rdnr. 96).